Avant-propos

Au mois de septembre 2007, les soussignés décidaient de créer un nouveau centre universitaire nommé « *Centre d'étude des relations de travail* » (CERT). Dans l'exposé des motifs, nous indiquions, parmi les objectifs du centre, la volonté et la nécessité « *d'appréhender les relations de travail de manière pluridisciplinaire en intégrant les règles de droit public et les règles de droit privé. Le droit du travail est, en effet, un domaine privilégié de l'interaction et de l'interdépendance croissante entre droit public et droit privé* ».

C'est dans cet état d'esprit que nous avons développé les activités du centre, que cela soit lors de l'organisation de colloques et séminaires, de la publication d'ouvrages dans la collection du CERT ou encore à l'occasion de la rédaction d'études et d'avis de droit. C'est également selon cette approche que nous avons édité en 2009 un ouvrage collectif intitulé « "*Le droit décloisonné*", *entre interférences et interdépendances entre droit privé et droit public* », sous l'égide de l'enseignement de 3e cycle de droit. C'est toujours dans cette optique que nous avons lancé, en 2013, un projet de recherche, financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS), intitulé « *Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme ?* ».

Le présent ouvrage est l'un des fruits de ce projet de recherche. Pour tenter de faire l'inventaire et l'analyse des convergences et des divergences entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail en Suisse et dans divers Etats européens, nous avons organisé, les 1er et 2 octobre 2015, à Neuchâtel, un colloque national et international. Le présent ouvrage comprend les actes de ce colloque, rédigés par des contributrices et contributeurs venus de Suisse et de six autres Etats européens, actifs dans la recherche, l'enseignement et la pratique du droit du travail et de la fonction publique. L'ouvrage contient également une préface substantielle du professeur Gabriel Aubert, retraçant une conférence qu'il a donnée à Neuchâtel, le 1er octobre 2015, en ouverture du colloque, ainsi qu'une contribution sur l'histoire du droit de la relation de travail et une synthèse des discussions, toutes deux rédigées par Stéphanie Perrenoud.

Nos remerciements vont en premier lieu aux auteur-e-s qui ont confectionné des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé : les professeur-e-s Gabriel Aubert (Genève), Wolfgang Däubler (Brême), Alexander De Becker (Hasselt), Valérie Défago Gaudin (Neuchâtel), Charles Fortier (Dijon), Barbara Gagliardi (Turin), Thomas Geiser (Saint-Gall), Jean-Pierre Laborde (Bordeaux), Elisenda Malaret (Barcelone), Kurt Pärli (Bâle), ainsi que Madame Stéphanie Perrenoud (Neuchâtel) et Messieurs John Curran

(Institut suisse de droit comparé, Lausanne) et Marc-André Weber (Neuchâtel). Nos remerciements s'adressent aussi à Mesdames Catherine Bouverat et Héloïse Rosello, doctorantes, qui ont participé à la mise au point du projet de recherche et à l'organisation du colloque, ainsi qu'à Mesdames Joanna David, cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes, et Anouk Gillabert, collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel, pour leur collaboration efficace à l'édition de l'ouvrage. Nous tenons enfin à remercier tout particulièrement Madame Stéphanie Perrenoud, docteure en droit et chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, pour sa collaboration précieuse et appréciée à l'organisation du colloque et à l'édition de l'ouvrage.

Neuchâtel, juillet 2016

Prof. Jean-Philippe Dunand
Prof. Pascal Mahon
Co-directeurs du CERT, Faculté de droit,
Université de Neuchâtel

Préface

GABRIEL AUBERT

Les rapports entre le droit privé et le droit public – Quelques étapes

Lorsque l'on oppose le droit du travail au droit de la fonction publique, on donne à penser qu'il y a d'un côté le droit privé, et puis, de l'autre côté, le droit public. Evidemment, tous ceux qui connaissent la matière n'ont pas ce réflexe. Mais enfin, cela donne une petite idée : d'un côté, vous avez les « *civilistes* », et puis, de l'autre côté, vous avez les « *administrativistes* ». Et je crois qu'il s'agit d'une vision inexacte, parce que le droit du travail ne s'est constitué en discipline qu'à partir du moment où ont été édictées des normes de droit public du travail ; le droit du travail était donc, à l'origine, du droit administratif. La loi sur le travail dans les fabriques de 1877[1] était une loi de droit administratif. Et avant celle-ci, on ne parlait guère de droit du travail. C'est donc le droit public qui a donné son origine et son empreinte à l'essentiel du droit du travail. Même si, évidemment, le contentieux de droit privé joue un rôle important et attire les regards peut-être davantage que les circulaires des administrations publiques. Mais le droit du travail n'est pas le droit privé qui s'opposerait au droit administratif, le droit du travail est un droit mixte fait de droit public et de droit privé, le droit public étant à l'origine de la discipline.

Comment le droit public et le droit privé ont-ils coexisté depuis les origines du droit du travail ? Les lignes qui suivent tenteront d'apporter une réponse à cette question, en esquissant, à grands traits, quelques étapes que le législateur paraît avoir franchies en la matière. Ces étapes sont : la séparation du droit public et du droit privé au sein du droit du travail (*infra*, I.) ; la construction de ponts entre le droit public et le droit privé (*infra*, II.) ; le parallélisme des normes de droit public et de droit privé (*infra*, III.) ; la mixité du droit public et du droit privé (*infra*, IV.) ; la convergence entre le droit public et le droit privé (*infra*, V.).

---

[1] Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, RO 3 224.

I. La séparation du droit public et du droit privé

La première étape qui caractérise le développement du droit du travail est celle de la séparation du droit public et du droit privé au sein du droit du travail.

La théorie de la séparation entre le droit public et le droit privé (« *Trennungstheorie* ») repose sur l'idée que si le droit du travail est composé de droit public (de droit administratif) et de droit privé (les normes du Code des obligations[2]), ces deux domaines fonctionnent, toutefois, chacun de façon autonome et séparée, et ne devraient donc pas être compris comme ayant l'un sur l'autre des influences particulières, que ce soit sur le plan des concepts ou sur le plan de la mise en œuvre.

La « *Trennungstheorie* » s'est développée aux heures glorieuses où la législateur a cru pouvoir instaurer les trois piliers du droit du travail, qui ont permis de faire apparaître un édifice qui semblait achevé au début des années septante du siècle dernier. Ces trois piliers sont : le droit collectif du travail, qui a été révisé en 1956, grâce à l'adoption d'une loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)[3] ; le droit public, dont les normes ont été consolidées et codifiées avec l'adoption de la loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964 (LTr)[4] ; le droit privé du contrat de travail, qui repose sur le Code des obligations et qui a subi une importante révision en 1971[5].

Au début des années septante, la situation était donc claire, puisque le droit du travail s'articulait sur trois colonnes distinctes : le droit public (LTr), le droit privé (CO) et puis, un peu en arrière fond, le droit collectif, qui était lui-même marqué par la théorie de la séparation (bien que régi par la LECCT, certaines dispositions de droit collectif sont, en effet, également contenues dans le Code des obligations).

S'il avait été question, en 1919, d'édicter une loi unique, qui régirait l'ensemble des conditions de travail (c'est-à-dire, une loi qui réglerait les rapports privés entre employés et employeurs, qui énoncerait des prescriptions impératives de droit public et qui contiendrait également des normes au sujet des conventions collectives et de leurs effets

---

2 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Code des obligations, CO), RS 220.

3 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT), RS 221.215.311.

4 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11.

5 Loi fédérale révisant les titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 juin 1971, RO 1971 1461.

sur les parties)[6], cette idée a cependant été abandonnée au profit de la théorie de la séparation.

II. La construction de ponts entre le droit public et le droit privé

Etant donné qu'il est apparu difficile de faire fonctionner les trois piliers qui forment le droit du travail, de façon autonome et séparée, sans influences réciproques, des interrogations au sujet des rapports entre le droit public et le droit privé ont rapidemment surgi. La deuxième étape qui caractérise le développement du droit du travail est donc celle de l'instauration et de la construction de ponts entre le droit public et le droit privé.

Le premier pont qui a permis de traverser la rivière entre les deux provinces, que sont le droit public et le droit privé, repose sur l'art. 342 al. 2 CO, qui déclare que lorsque des dispositions de droit public imposent à l'employeur ou au salarié des droits qui pourraient faire l'objet du contrat individuel de travail, ces droits peuvent être invoqués devant les tribunaux civils. En application de la stricte « *Trennungstheorie* », le salarié qui effectuerait non pas des heures supplémentaires, mais du travail supplémentaire, ne pourrait que s'adresser à l'administration afin que celle-ci mette l'employeur à l'amende et lui ordonne de payer le supplément de salaire dû au travailleur. Le travail supplémentaire étant défini par une loi de droit administratif (la LTr), les sanctions encourues sont d'ordre administratif. Grâce au pont étali par l'art. 342 al. 2 CO, le salarié peut invoquer devant des tribunaux civils des dispositions de droit administratif qui ouvrent droit à des prétentions de droit civil (*in casu*, un droit à un supplément de salaire). Ce premier pont, qui, en quelque sorte, abat la « *Trennungstheorie* », a également considérablement amélioré la situation des salariés étrangers dont l'engagement est subordonné à la délivrance d'une autorisation de travail par l'autorité administrative compétente. Grâce à la reconnaissance d'effets de droit privé à cette autorisation[7], qui fixe, notamment, le salaire des travailleurs étrangers, ces derniers peuvent obliger leur employeur à leur verser le salaire effectivement arrêté par l'administration devant les autorités civiles. A défaut, l'employeur aurait tout loisir de dire à son travailleur que leurs rapports de travail sont

---

[6] Si une loi fédérale portant réglementation des conditions de travail a été adoptée par le Parlement le 27 juin 1919 (FF 1919 III 880), elle a toutefois été rejetée lors de la votation populaire du 21 mars 1920.

[7] La reconnaissance d'effets de droit privé aux autorisations administratives fixant le salaire des travailleurs étrangers a eu lieu tardivement. Ce n'est, en effet, qu'en 1996, soit 25 ans après l'adoption de l'art. 341 al. 2 CO, que le Tribunal fédéral a admis que cette disposition était applicable aux autorisations de travail.

régis exclusivement par le droit privé et donc, que seule la rémunération convenue dans le contrat de travail fait foi, ce qui aurait pour conséquence que le travailleur qui souhaiterait faire valoir ses droits devrait s'en remettre à l'administration.

Un second pont a été établi par l'art. 336 al. 1 lit. b CO, qui prévoit que le salarié qui est licencié pour avoir exercé ses droits constitutionnels, peut se plaindre d'avoir été licencié abusivement. L'art. 336 al. 1 lit. b CO est le seul endroit du Code des obligations où il est nommément question de droit constitutionnel. Le salarié est donc protégé dans l'exercice de ses droits constitutionnels par le droit privé. L'effet horizontal conféré aux droits constitutionnels par le droit privé permet à ceux-ci d'être invoqués dans les rapports entre particuliers (théorie de la « *Drittwirkung* »), et non uniquement dans les rapports verticaux liant les particuliers à l'Etat. Si l'art. 336 al. 1 lit. b CO est l'unique disposition de droit privé qui commande expressément à une partie à un contrat de droit privé de respecter les droits constitutionnels de l'autre partie, un effet horizontal est également reconnu aux droits constitutionnels, par le juge, lors de l'interprétation de l'art. 328 CO, qui consacre le devoir de l'employeur de protéger la personnalité de ses travailleurs.

III. Le parallélisme des normes de droit public et de droit privé

Aux phases de la séparation du droit public du droit privé, puis de l'élaboration de ponts entre ces deux matières, a succédé la phase du parallélisme des normes de droit public et de droit privé. Cette étape s'est manifestée dans les années nonante, lorsque le législateur fédéral a dû s'occuper de différents problèmes nouveaux et qu'il a décidé de les traiter simultanément (c'est-à-dire, parallèlement) en droit public et en droit privé.

Ainsi, la loi fédérale sur la protection des données de 1992 (LPD)[8] comporte, après quelques dispositions générales, une subdivision consacrée à la protection des données dans les rapports entre les personnes privées (« *Traitement de données personnelles par des personnes privées* » ; *cf.* art. 12-15 LPD), puis, une subdivision consacrée à la protection des données dans les rapports avec des organes de droit public (« *Traitement de données personnelles par des organes fédéraux* » ; *cf.* art. 16-25*bis* LPD). La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes de 1995 (LEg)[9] est construite sur le même schéma, en ce sens qu'après des dispositions générales, elle comporte des règles consacrées aux rapports de travail réglés par le Code des obligations (« *Dispositions spéciales relatives aux rapports de travail régis par le code des obligations* » ; *cf.* art. 8-12 LEg) et ensuite,

[8] Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1.

[9] Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

une subdivision consacrée aux rapports de droit public (« *Voies de droit dans les rapports de travail de droit public* » ; *cf.* art. 13 LEg).

A la fin du XX^e^ siècle, le législateur fédéral abandonne ainsi toute idée de séparation puisque, au contraire, il décide désormais de traiter de façon parallèle des matières spécifiques nouvelles, dans une seule et même loi.

IV. La mixité du droit public et du droit privé

Après le traitement parallèle du droit public et du droit privé, une nouvelle étape a été franchie, celle de la mixité. La phase des lois mixtes, qui est celle dans laquelle nous nous trouvons pleinement aujourd'hui, se caractérise par l'adoption, dans une même loi, de règles qui relèvent les unes du droit public, les autres du droit privé.

Avec la mixité, il est parfois difficile de déterminer si une règle relève du droit privé ou du droit public. Il découle de ceci, qu'en s'interrogeant sur la publicisation des rapports de droit privé ou sur la privatisation des rapports de droit public, on peut aussi s'interroger sur la nature du droit public et la nature du droit privé. Compte tenu que les définitions sont fonction d'une situation juridique à une époque donnée, et que ces situations évoluent, il se peut que ces définitions finissent elles aussi par évoluer. La technique juridique et législative de la mixitié doit toutefois permettre au praticien qui traite la matière de l'aborder de façon globale, c'est-à-dire à la fois sous l'angle du droit privé et du droit public, sans se poser trop de questions de nature théorique sur ces deux aspects.

La loi fédérale sur le service de l'emploi de 1989 (LSE)[10] est l'une des premières lois mixtes. En effet, si la LSE organise le service de l'emploi par des moyens de droit administratif et impose des règles de droit administratif, notamment aux employeurs qui veulent pratiquer la location de service ou le travail intérimaire, elle comporte aussi des normes qui sont uniquement de droit privé (règles concernant les délais de congé, p. ex.). La loi fédérale sur les travailleurs détachés de 1999 (LDét)[11] est également une loi tout à fait caractéristique de la mixité. Cette loi d'accompagnement aux bilatérales, qui est extrêmement intéressante en elle-même, peut s'analyser comme mêlant à la fois des dispositions de droit collectif du travail, des dispositions de droit privé relatives aux conditions de travail des salariés étrangers, et des dispositions de droit administratif dont la violation peut entraîner des sanctions de droit pénal administratif ou de droit pénal tout

[10] Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE), RS 823.11.

[11] Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés, LDét), RS 832.20.

court. La LDét procède ainsi selon une technique tout à fait contraire à celle qui a été utilisée par le législateur lors de l'adoption de la LECCT en 1956 et de la LTr en 1964 et lors de la révision du Code des obligations en 1971.

Force est de constater que les trois piliers du droit du travail ne sont désormais plus majestueux, chacun dans leur coin, puisque maintenant, toutes les normes s'entrelacent. Même si le juriste a quelques fois de la peine à se retrouver dans cet entremêlement de normes et que des problèmes d'application peuvent en découler, la mixité s'impose, cependant, comme la voie qui permet au législateur d'atteindre efficacement les buts visés.

La mixité apparaît également dans deux autres textes relativement récents, et peut-être pour d'autres motifs. La difficulté croissante de légiférer en droit privé du contrat de travail pourrait constituer un tel motif. Il semble, en effet, qu'il soit devenu plus facile aujourd'hui d'utiliser les moyens de droit administratif, même pour parvenir à des fins de droit privé. Ces moyens de droit administratif permettent, au demeurant, de contourner le Parlement, non pas pour violer la volonté du Parlement dont tout le monde reconnaît la suprématie, mais tout simplement parce que les procédures parlementaires par nature sont longues, que le Parlement est très occupé et que certaines matières nécessitent un règlement plus rapide.

Cette hypothèse est corroborée par deux exemples récents significatifs, qui n'ont rien à voir l'un avec l'autre puisque le premier concerne le congé d'allaitement, alors que le second a trait aux énormes salaires. Le congé d'allaitement a été introduit par le biais d'une modification[12] de l'ordonnance d'application de la loi sur le travail (OLT 1)[13], qui a été entreprise pour donner suite à la ratification par la Suisse d'une Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT)[14]. C'est donc le Conseil fédéral qui a fixé les droits et obligations de l'employeur en cas de maternité, non pas le législateur. Si, dans le cadre de l'examen des adaptations qu'il convenait d'apporter au droit suisse afin de le conformer aux exigences posées par la Convention de l'OIT, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) avait d'abord proposé de consacrer le principe de la rémunération du temps passé à allaiter dans la LTr[15], elle s'était, par la suite, ralliée à l'avis du Conseil fédéral qui considérait qu'une modification de

12 Modification de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) du 30 avril 2014, RO 2014 999.

13 Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

14 Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité, adoptée le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

15 Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » du 10 novembre 2011, FF 2012 1597 (1607-1609).

l'OLT 1 était suffisante[16]. Autre singularité, les droits de la femme qui allaite à son congé d'allaitement et au salaire y afférent sont ancrés dans un texte de droit public, alors même qu'il s'agit, en réalité, d'une norme de droit privé. Une norme qui détermine la durée du congé d'allaitement et les droits salariaux de la mère appartient en effet au droit privé. En opérant une modification de l'OLT 1, le Conseil fédéral a gagné du temps. Un amendement de la LTr n'aurait sans nul doute pu avoir lieu qu'après de longues délibérations parlementaires au sujet de ce qu'il fallait faire ou ne pas faire, et peut-être même, d'ailleurs, au risque de ne pas pouvoir mettre en œuvre ladite Convention de l'OIT. La modification de l'art. 60 al. 2 OLT 1 donne un exemple où la technique de mixité intervient par des voies sinon obliques du moins légèrement inattendues.

Le second exemple concerne les gros salaires. Le 3 mars 2013, le peuple a accepté l'initiative « *Contre les rémunérations abusives* » (initiative *Minder*)[17], qui concerne le droit des sociétés anonymes, puisqu'elle tend à « *modérer les indemnités, jugées excessives, qui sont versées à la haute direction des sociétés anonymes cotées en bourse* »[18] et prévoit des sanctions pénales le cas échéant. Il s'agit donc à nouveau d'un domaine, où le droit privé se publicise ou se pénalise. Toujours dans le domaine des hautes rémunérations, il convient également de mentionner une circulaire adoptée en la matière par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)[19]. Cette circulaire pose des règles qui constituent des recommandations pour beaucoup d'établissements bancaires, mais qui imposent des obligations à un certain nombre d'établissements qui n'ont pas le choix (tel est le cas, des plus gros établissements bancaires). Certaines de ces règles sont très inattendues du point de vue du droit privé, car elles visent à protéger le public. Si elles tendent aussi un peu à protéger l'employeur, on ne peut en revanche pas dire qu'elles visent beaucoup à protéger le salarié, mais enfin, elles relèvent quand même du droit du travail. La règle concernant le « *clawback* » en constitue un exemple. Une telle règle oblige le salarié à rendre tout ou partie d'une rémunération importante qu'il a reçue (sont visées aussi bien les gratifications volontaires, que les rémunérations qui ont été fixées selon des principes préétablis) après qu'il a quitté la société ou après qu'il a touché sa rémunération, en raison du fait que les affaires de la société ont moins bien fonctionné en raison de son comportement ; une telle règle repose donc sur le fait que l'on ne voit pas très bien pourquoi à la fin d'une année (2015, p. ex.), on allouerait une énorme

---

16 Avis du Conseil fédéral au sujet du Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 10 novembre 2011 relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » du 15 février 2012, FF 2012 1623 (1624-1625).

17 Initiative populaire fédérale « *Contre les rémunérations abusives* », FF 2006 8319.

18 Message relatif à l'initiative populaire « *Contre les rémunérations abusives* » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 5 décembre 2008, FF 2009 265 (274).

19 Circulaire 2010/1 de la FINMA « *Systèmes de rémunération – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers* » du 21 octobre 2009.

rémunération à un salarié dont on s'apercevrait, quelques années plus tard (en 2017 ou en 2018, p. ex.), que son travail va mener la société à la catastrophe. La règle du « *clawback* » est tout à fait effrayante du point de vue du privatiste, puisqu'elle se heurte au Code des obligations, qui prescrit que le salaire est dû à la fin de l'exercice, à la fin de l'année, et qui s'oppose donc à ce qu'un travailleur doive rendre son salaire après ce terme. Ce principe fondamental du droit privé, qui veut que la rémunération soit versée à la fin de chaque mois, ou à la fin de l'année et, au plus, à la fin du semestre qui suit la clôture de l'exercice annuel, est tout simplement vidé de son contenu par la circulaire de la FINMA, qui enjoint aux très grandes banques de s'organiser pour récupérer l'argent au cas où elles auraient versé des rétributions excessives. Le principe fondamental du droit privé selon lequel le salaire est exigible à la fin de l'année, est donc en quelque sorte balayé, dans des conditions toutes particulières certes, mais balayé quand même par une circulaire administrative. Cette clause de « *clawback* » se heurte au demeurant frontalement à un autre principe fondamental du droit privé, celui de la libre disposition du salaire. Le Code des obligations prescrit en effet que les accords entre l'employeur et le salarié sur l'utilisation de salaire sont nuls. Il en résulte que lorsque le salarié a touché son salaire, il en dispose comme il l'entend. Si le salarié travaille à la Migros, il n'est pas obligé d'acheter de la charcuterie de la Migros et peut aller s'en procurer où il le désire. S'il s'agit d'un salarié qui a reçu un énorme bonus, il peut s'acheter une maison ; il la gardera et n'aura pas besoin de la revendre si l'employeur le somme de lui rendre une partie de l'argent. Nul doute que la règle du « *clawback* » heurte donc de front le principe de la libre disposition du salaire, qui constitue un principe essentiel du droit privé. Pour pratiquer selon les règles anciennes, il aurait fallu aller devant le Parlement et il aurait fallu indiquer que l'exigibilité du salaire à la fin de l'année n'est plus de mise, et il aurait fallu prévoir des exigibilités différées, à un an, deux ans, voire trois ans. L'on imagine la discussion… Ensuite, il aurait encore fallu préciser dans quel secteur une telle règle serait applicable. L'on imagine aussi la discussion… En l'espèce, une telle procédure n'a pas été suivie et c'est donc au Tribunal fédéral que revient la lourde charge de trancher la question de savoir si les règles posées par la FINMA doivent l'emporter sur les règles posées par le législateur, c'est-à-dire, en l'espèce, de déterminer si une circulaire de droit public peut faire échec à la plus sainte des lois pour les privatistes, à savoir le Code des obligations.

Voilà donc deux exemples de mixité, et de mixité poussée à l'extrême, puisque, en réalité, le droit public est ici utilisé à des fins privées.

V. La convergence entre le droit public et le droit privé

La cinquième et dernière étape que nous mentionnerons est celle de la convergence entre le droit public et le droit privé.

Dans ce domaine, trois observations doivent être faites.

La première observation est d'ordre institutionnel, puisque pendant longtemps, le droit privé et le droit du contrat de travail ont constitué la province de la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral. A partir du moment où certaines normes de droit public font appel à la mise en œuvre du droit civil (dans le domaine de la fonction publique ou de l'assurance chômage, p. ex.), certaines dispositions du Code des obligations doivent être interprétées, au moins à titre préjudiciel, par des Cours de droit administratif. Ainsi, la question de savoir comment il fallait appliquer l'art. 336*c* CO, relatif à la suspension du délai de congé en cas d'incapacité de travail dans l'hypothèse où l'employeur a donné au salarié un délai de congé plus long que le minimum contractuel et légal, a été résolue, en 1989, par l'ancien Tribunal fédéral des assurances (TFA) à Lucerne[20] et non par la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral. Il s'agit là d'une première graine de convergence entre les Cours, parce que, évidemment, il a fallu s'entendre, et le TFA ne pouvait pas adopter une décision qui risquait d'être contrecarrée immédiatement par la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral. Il y a donc des critères de convergences institutionnels, et aujourd'hui, il faut souvent rechercher l'interprétation de normes de droit privé dans des arrêts du Tribunal fédéral rendus en matière de droit administratif.

La deuxième observation porte sur la question de savoir, pendant combien de temps, l'employeur, qui veut licencier un salarié avec effet immédiat, peut réfléchir à ce sujet avant de prendre sa décision. Est-ce un jour, deux jours, trois jours, une semaine, voire davantage ? Le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur d'un délai de réflexion de deux ou trois jours. Les juges administratifs accordent, pour leur part, des délais beaucoup plus longs. Les employeurs privés bénéficient donc d'un délai de réflexion de plus courte durée que les employeurs publics. Cette différence peut s'expliquer en recourant soit à l'idéologie, soit au réalisme. Si le juge considère que, de toute façon, l'employeur privé n'a qu'à se dépêcher car il ne vit que pour le profit alors que l'administration publique défend l'intérêt de la collectivité, il s'agira d'un recours à l'idéologie. En revanche, lorsque le juge se fonde sur le fait qu'il est difficilement envisageable que l'administration puisse réagir en deux ou trois jours, alors que cela est possible à un employeur privé, il fait alors preuve de réalisme. Si la jurisprudence administrative et la jurisprudence de droit privé se rapprochent à certains égards, d'où une convergence, cette convergence n'est cependant pas encore synonyme d'unité.

La troisième et dernière observation se rapporte au droit d'être entendu. Dans une affaire où un employeur avait licencié un salarié âgé, après avoir pris mille précautions, le Tribunal fédéral a été encore plus loin. Il a jugé que lorsque le licenciement concerne un

[20] La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) a intégré le Tribunal fédéral des assurances (TFA) au Tribunal fédéral, avec effet au 1er janvier 2007. Le Tribunal fédéral comprend donc désormais deux Cours de droit social, qui siègent à Lucerne, et qui ont remplacé l'ancien TFA.

travailleur âgé, l'art. 328 CO impose à l'employeur une obligation d'entendre le salarié et de l'avertir de son intention de mettre un terme aux rapports de travail, avant de procéder au licenciement. La question de savoir si l'employeur a le devoir d'entendre le travailleur âgé avant de le licencier est une question intéressante. Celle-ci avait d'ailleurs été débattue au Parlement en 1986, lors de la révision des dispositions du Code des obligations relatives aux licenciements[21]. A cette occasion, les Chambres fédérales avaient expressément décidé d'y répondre par la négative, estimant que l'employeur était certes tenu de communiquer les motifs par écrit au salarié qui en faisait le demande, mais uniquement après le licenciement. En reconnaissant le devoir de l'employeur d'informer un travailleur âgé de ses intentions de mettre un terme au contrat de travail et de l'entendre préalablement au licenciement, le Tribunal fédéral a ainsi inséré du droit public, plus précisément des principes fondamentaux du droit public, dans le droit privé.

Gabriel Aubert
Avocat et Professeur honoraire à l'Université de Genève.

[21] Modification du Code des obligations du 18 mars 1988, RO 1988 1472.

Table des matières

Table des abréviations ---- **XIX**

Première partie – Histoire et fondements

L'évolution historique du droit de la relation de travail ---- **1**

Stéphanie Perrenoud

Docteure en Droit, postdoctorante, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Les concepts purs de « droit public » et de « droit privé » ---- **223**

Marc-André Weber

Docteur en philosophie

Deuxième partie – Droit suisse

« Publicisation » des Arbeitsrechts : Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen ---- **243**

Kurt Pärli

Professeur à l'Université de Bâle

Les obstacles à la privatisation de la fonction publique ---- **259**

Valérie Défago Gaudin

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Rechtliche Hindernisse zur Einführung einer vereinheitlichen Regelung der Arbeitsverhältnisse ---- **279**

Thomas Geiser

Professeur à l'Université de St-Gall

Troisième partie – Droit comparé

Arbeitsrecht und Beamtenrecht – auf dem Wege der Annäherung ? Deutsche Erfahrungen **301**

Wolfgang Däubler

Professeur émérite de l'Université de Brême

La situation juridique des fonctionnaires et du personnel contractuel dans le secteur public en Belgique : quelle unité dans la diversité ? **327**

Alexander De Becker

Vice-Doyen et Professeur de droit du travail et de droit administratif
aux Universités d'Hasselt (Belgique) et de Leiden (Pays-Bas)

Dualismes, convergences et divergences dans l'ordre juridique espagnol des relations de travail **349**

Elisenda Malaret

Professeure à l'Université de Barcelone

Droit français du travail et droit français de la fonction publique, unification ou convergence ? **379**

Jean-Pierre Laborde

Professeur émérite de l'Université de Bordeaux

Le cas de la France : du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles ? **391**

Charles Fortier

Professeur de droit public à l'Université de Bourgogne
Franche-Comté-CRJFC (EA 3225)

Les limites du rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail en Italie **413**

Barbara Gagliardi

Professeure associée à l'Université de Turin

The United Kingdom **433**

John Curran

LL.M, juriste à l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, Suisse

Quatrième partie – Synthèse

En guise synthèse – Quelques considérations au sujet de l'opportunité et des possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme **455**

Stéphanie Perrenoud

Docteure en Droit, postdoctorante, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Table des abréviations

a	ancien.
ab initio	au début.
Abs.	Absatz (en français : al.).
ad	à.
AC	assurance-chômage.
aCO	Code des obligations du 30 mars 1911 (CO), dans une teneur qui n'est plus en vigueur actuellement.
aCst. 1848	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse, des lois fédérales, traités, décrets et arrêtés depuis l'introduction de la nouvelle Constitution fédérale du 12 septembre 1848, Tome I, pp. 3-34.
aCst. 1874	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RO 1, p. 2.
ACTP	Association des cadres des transports publics.
aff.	affaire.
AELE	Association européenne de libre-échange.
AG	Anonyme Gesellschaft (en français : SA).
AG	Argovie.
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen (en français : conditions générales d'assurance).
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl I S. 1897), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. April 2013 (BGBl I S. 610).
AI	assurance-invalidité.
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif.
AJFP	Actualité juridique – Fonctions publiques.
AJP	Aktuelle juristische Praxis (en français : PJA).
al.	alinéa (s).
ALCP	Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, JO L 114 du 30 avril 2002, pp. 6-63, RS 0.142.112.681.
aLDT	Loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920, RO 36 791.
ALV	Arbeitslosenversicherung (en français : AC).
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates (en français : BOCN).
Amtl. Bull. SR	Amtliches Bulletin des Ständerates (en français : BOCE).

APG	allocations pour perte de gain.
Appl.	Application (en français : requête).
APT	Administration publique – La revue du droit administratif et des sciences administratives.
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures.
ARAN	Agence pour la Représentation Contractuelle des Administrations Publiques (Italie).
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 6 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11 (en français : LTr).
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111 (en français : OLT 1).
ARPG	Arrêté royal fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat.
art. / Art.	article/ Artikel.
artt.	articles (articoli).
AS	Amtliche Sammlung (en français : RO).
ASS	Aspects de la sécurité sociale.
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (en français : DTA).
ATF	arrêt du Tribunal fédéral.
Aufl.	Auflage (en français : éd.).
AuR	Arbeit und Recht.
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311 (en français : LECCT).
AVS	assurance-vieillesse et survivants.
BAG	Bundesarbeitsgericht der Bundesrepublik Deutschland.
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961, zuletzt geändert durch den 77. Änderungstarifvertrag vom 29. Oktober 2001 und den EuroTV vom 30. Oktober 2001.
BBC	British Broadcasting Corporation.
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 2009 (BGBl I S. 1434), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl I S. 2178).
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 7. November 2015 (BGBl I S. 1938).

BDG	Bundesdisziplinargesetz vom 9. Juli 2001 (BGBl I S. 1510), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160).
BDH	Bundesdisziplinarhof.
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofs.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl I S. 66), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Februar 2015 (BGBl I S. 162).
BE	Berne.
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz) vom 17. Juni 2008 (BGBl I S. 1010), zuletzt geändert durch Artikel 15 Absatz 16 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160).
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909 ; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2018) geändert worden ist.
BGBl.	Bundesgesetzblatt für der Bundesrepublik Deutschland.
BGE	Bundesgerichtsentscheid (en français : ATF).
BGer	Bundesgericht (en français : TF).
BL	Bâle-Campagne.
BNS	Banque nationale suisse.
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1 (en français : LMP).
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats.
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national.
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974 (BGBl. I S. 693), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 3. Juli 2013 (BGBl. I S. 1978) geändert worden ist.
BS	Bâle-Ville.
BSG	Systematische Sammlung des Kantons Bern (en français : recueil systématique des lois bernoises).
Bst.	Buchstabe (en français : lit.).
BT-V	Besonderer Teil Verwaltung.
BtG	Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927, AS 43 439 (en français : StF).
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 (en français : Cst.).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland.

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland (Amtliche Sammlung).
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht der Bundesrepublik Deutschland.
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland (Amtliche Sammlung).
bzw.	beziehungsweise (en français : respectivement).
c. / consid.	considérant (s).
c/ / c.	contre.
ca.	circa / environ.
Cass.	Cour de Cassation.
Cass., sez. lav.	Corte di cassazione, sezione lavoro.
Cass., sez. un.	Corte di cassazione, sezioni unite.
Cass. civ.	Cour de cassation civile.
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.
CCAA	Communautés autonomes.
CCT	convention collective de travail.
CDD	contrat de travail de durée déterminée.
CDI	contrat de travail de durée indéterminée.
CDPK	Chroniques de droit public.
CE	Communauté européenne (depuis le 1er décembre 2009 : UE)
CE	Conseil d'Etat.
CE	Conseil des Etats.
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, RS 0.101.
CEE	Communauté économique européenne (depuis le 1er novembre 1993 : CE).
CEO	chief executive officer (en français : directeur général).
cf.	*confer*.
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses.
CGN	Compagnie générale de navigation sur le Lac Léman.
ch.	chiffre (s).
CHF	franc (s) suisse (s).
Chr. Dr. Soc	Chroniques de droit social.
chron.	chronique.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (depuis le 1er décembre 2009 : CJUE).
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.
CN	Conseil national.
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents.

CNRS	Centre national de la recherche scientifique.
CO 1881	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, RO 5 577 (FF 1881 III 73).
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Code des obligations), RS 220.
cod. civ.	Codice civile della Repubblica Italiana.
coll.	collection.
comm.	commentaire / commenté.
conc.	conclusions.
Cons. St.	Consiglio di Stato.
const.	constitutionnel
Const.	Costituzione della Repubblica Italiana.
Corte cost.	Corte costituzionale della Repubblica Italiana.
CPAS	centre public d'action sociale.
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme.
CRJFC	Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté.
CRGA 2010	Constitutional Reform and Governance Act 2010.
CSE	Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe du 18 octobre 1961, STE 035.
CSEr	Charte sociale européenne révisée du Conseil de l'Europe du 3 mai 1996, STE 163.
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national.
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.
Cst-NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst-NE), RSN 131.233.
CT	comités techniques.
CTP	comités techniques paritaires.
CTT	contrat-type de travail.
D.	Digeste.
D. / Dir.	directive.
d.h.	das heisst (en français : c'est-à-dire).
d.l.	decreto-legge.
d.lgs	decreto legislativo.
d.P.C.M	decreto del Presidente del Consiglio dei ministri della Repubblica Italiana.
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica Italiana.
DB	Der Betrieb.
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports.
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche

DFE	Département fédéral de l'économie (depuis le 1er janvier 2013 : DEFR).
DFF	Département fédéral des finances.
DFJP	Département fédéral de justice et police.
Dir. / D.	directive.
dir.	directeur / directrice.
Diss.	Dissertation.
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage.
Dr. adm.	Droit administratif.
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt.
E.	Erwägung (en français : c. / consid.).
EAT	Employment Appeal Tribunal.
ECHR	European Convention on Human Rights (en français : CEDH).
éd.	édition.
éd. / éds	éditeur / éditeurs.
EEE	Espace économique européen.
EFTA	European Free Trade Association (en français : AELE).
ég.	également.
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (en français : CrEDH).
Einl.	Einleitung.
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101 (en français : CEDH).
EPF	écoles polytechniques fédérales.
ERA 1996	Employment Rights Act 1996.
Erw.	Erwägung (en français : c./consid.).
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 (en français : CSE).
et al.	et les autres personnes.
etc.	*et caetera.*
EU	Europäische Union / European Union (en français : UE).
EuGH	Europäischer Gerichtshof (en français : CJUE).
EVD	Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (depuis le 1er janvier 2013 : WBF ; en français : DFE et DEFR).
Fasc.	fascicule.
FEAS	Fédération suisse des employés en assurances sociales.
FER	Fédération des entreprises romandes.
FF	Feuille fédérale.
f.	folgend (en français : s.).
ff.	folgende (en français : ss).

FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.
Fn.	Fussnote (en français : nbp).
FNS	Fond national suisse de la recherche scientifique.
FR	Fribourg.
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Abgeschlossen am 21. Juni 1999, SR 0. 142.112.681 (en français : ALCP).
GAV	Gesamtarbeitsvertrag (en français : CCT).
GE	Genève.
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die durch Artikel 10 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438).
ggf.	Gegebenenfalls (en français : le cas échéant, au besoin).
GL	Glaris.
GPS	Global Positioning System (en français : Système mondial de positionnement).
GR	Grisons.
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt.
h	heure.
HGB	Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.
HNE	Hôpital neuchâtelois.
HRA 1998	Human Rights Act 1998.
Hrsg.	Herausgeber (en français : éd. / éds).
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève.
I. J.	Institutes de Justinien.
i.S.	in Sachen.
ibid.	au même endroit.
idem	de même.
ILO	International Labour Organization (en français : OIT).
in	dans.
in fine	à la fin.
in Verb.	in Verbindung (en français : en lien avec).
infra	ci-dessous.
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle.

ISDC	Institut suisse de droit comparé.
IV	Invalidenversicherung (en français : AI).
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20 (en français : LAI).
JO	Journal officiel de l'Union européenne.
JCP Adm.	La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales.
JTT	Journal des tribunaux du travail.
juill.	juillet.
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.
KGV	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10 (en français : LAMal).
l.	legge.
LA	Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948, RS 748.0.
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20.
LAgr	Loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998, RS 910.1.
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20.
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911, RO 28 351.
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10.
LAMT	Loi fédérale sur l'âge minimum des travailleurs du 24 juin 1938, RO 55 169.
LASRE	Loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation du 16 décembre 2005, RS 946.10.
lav.	lavoro.
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques), RS 952.0.
LBCGe	Loi sur la Banque cantonale de Genève du 24 juin 1993, rs/GE D 2 05.
LBCV	Loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise du 20 juin 1995, RSV 951.01.
LBCVs	Loi sur la Banque cantonale du Valais du 1er octobre 1991, RSVs 620.1.
LBN	Loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003, RS 951.11.
LCdF	Loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957, RS 742.101.
LCFF	Loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998, RS 742.31.
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01.
LDét	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés), RS 823.20.

LDT	Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971, RS 822.21.
LEC	Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009, RS 442.1.
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, RS 221.215.311.
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.
LEHM	Loi neuchâteloise sur l'Etablissement hospitalier multisite cantonal du 30 novembre 2004, RSN 802.4.
LEmp-VD	Loi vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005, RSV 822.11
LEPF	Loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991, RS 414.110.
LEPM-GE	Loi genevoise sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980, rs/GE K 2 05.
LET	Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997, RS 784.11.
let. / lett.	lettre (s).
LF	Loi fédérale.
LFab 1877	Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, RO 3 224.
LFab 1914	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914, RO 30 539.
LFab 1919	Loi fédérale concernant la durée du travail dans les fabriques du 27 juin 1919, RO 35 798.
LFab 1914/1919	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919, RO 30 539 et RO 35 798.
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, RS 956.1.
LFPr	Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002, RS 412.10.
LFVA	Loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 2 novembre 1898, RO 17 55.
LISDC	Loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé du 6 octobre 1978, RS 425.1.
lit.	litera / lettre (s).
LJGF	Loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922, RO 39 240.
LL. EE.	Leurs Excellences de Berne.
LLS	Loi Organique espagnole 11/1985 sur la liberté syndicale.
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, RS 172.056.1.
LMP-VD	Loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996, RSV 726.01.

LNM	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953, RS 747.30.
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010.
LOP	Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010, RS 783.1.
LPart	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation), RS 822.14.
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1.
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1.
LPers-VD	Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001, RSV 172.31.
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958, RS 170.32.
LRH	Loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931, RO 50 465.
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989, RS 823.11.
LSR	Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005, RS 221.302.
LSt-NE	Loi sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel du 28 juin 1995, RSN 152.510.
LTD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, RO 57 1497.
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir), RS 822.41.
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail), RS 822.11.
LTrD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981, RS 822.31.
LTV	Loi fédérale sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009, RS 745.1.
LU	Lucerne.
LUL-VD	Loi vaudoise sur l'Université de Lausanne du 6 juillet 2004, RSV 414.11.
LU-NE	Loi neuchâteloise sur l'Université du 5 novembre 2002, RSN 416.10.
M.	Monsieur
m.E.	meines Erachtens (en français : à mon avis).
Mme	Madame.
Mo.	motion.
MuSchG	Mutterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002 (BGBl. I S. 2318), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2246) geändert worden ist.
n° / n^{os}	numéro / numéros.
NAV	Normalarbeitsvertrag (en français : CTT).
nbp	note de bas de page.

ndr	note de la rédaction.
NE	Neuchâtel.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
nov.	novembre.
NPM	New Public Management.
N / N.	Nummer.
NR	Nationalrat (en français : CN).
Nr.	Nummer.
NS	numéro spécial.
NW	Nidwald.
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht.
O-cadre LPers	Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000, RS 172.220.11.
O-OPers	Ordonnance du Département fédéral des finances (DFF) concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31.
ÖBG	Gesetz des Kantons Bern über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002, BSG 731.2.
ÖBV	Verordnung des Kantons Bern über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Oktober 2002, BSG 731.21.
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques.
oct.	octobre.
öD	öffentlicher Dienst.
OESS	Ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité privées par des autorités fédérales pour l'exécution de tâches en matière de protection du 24 juin 2015, RS 124.
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie des arts et métiers et du travail.
OFPer	Office fédéral du personnel.
OIT	Organisation internationale du Travail.
OLDT	Ordonnance sur le travail dans les entreprises de transports publics du 26 janvier 1972, RS 822.211.
OLFab 1919	Ordonnance concernant l'exécution de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 3 octobre 1919, RO 35 806.
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998, RS 172.010.1.
OLT 1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111.
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs), RS 822.112.

OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Hygiène), RS 822.113.
OLT 4	Ordonnance 4 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Entreprises industrielles, approbation des plans et autorisation d'exploiter), RS 822.114.
OLT 5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail du 28 septembre 2007 (Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs), RS 822.115.
OMP	Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995, RS 172.056.11.
ONM	Ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956, RS 747.301.
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983, RS 832.30.
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.
OPers-EPF	Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales du 15 mars 2001, adoptée par le Conseil fédéral le 25 avril 2001, RS 172.220.113.
OPers-PDHH	Ordonnance sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire du 2 décembre 2005, RS 172.220.111.9.
OPers-PDHH-DDPS	Ordonnance du DDPS sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire du 25 août 2009, RS 172.220.111.91.
OPers-TF	Ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral du 27 août 2001 (OPersTF), RS 172.220.114.
OProMa	Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (Ordonnance sur la protection de la maternité), RS 822.111.52.
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 (en français : CO).
ORAb	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013, RS 221.331.
ORCPP	Ordonnance sur la retraite des membres des catégories particulières de personnel du 20 février 2013, RS 172.220.111.35.
OTR 1	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs) du 19 juin 1995, RS 822.221.
OTR 2	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes du 6 mai 1981, RS 822.222.
OTrD	Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982, RS 822.311.
OVG	Oberverwaltungsgericht (en français : tribunal administratif supérieur).
OW	Obwald.

p. / pp.	page / pages.
p. ex.	par exemple.
PersR	Der Personalrat.
PJA	Pratique Juridique Actuelle.
PLR	Parti libéral-radical.
PS	Parti socialiste.
Qu.	question.
R.	règlement.
r.d.	regio decreto (en français : décret royal).
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal.
RDP	Revue de droit public et de la science politique.
RDS	Revue de droit suisse.
RF I	Ordonnance sur les rapports de service des fonctionnaires de l'administration générale de la Confédération du 26 septembre 1952 (Règlement des fonctionnaires I), RO 1952 675.
RF 1	Règlement des fonctionnaires (1) du 10 novembre 1959, RO 1959 1141.
RFAP	Revue française d'administration publique.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RJB	Revue de la société des juristes bernois.
RLMP-VD	Règlement d'application de la loi vaudoise sur les marchés publics du 7 juillet 2004, RSV 726.01.1.
Rn.	Randnummer.
RO	Recueil officiel du droit fédéral.
RS	Recueil systématique du droit fédéral.
rs/GE	Recueil systématique genevois.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise.
RSS	Revue syndicale suisse.
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise.
RSVs	Recueil systématique de la législation valaisanne.
Rz.	Randziffer.
S.	Seite (n).
s.	siehe (en français : *cf.*).
s. / ss	suivant / suivants.
SA	société anonyme.
SDN	Société des Nations.
Seco	Secrétariat d'Etat à l'économie.
sect.	section.

SELAF	Société d'Etudes Linguistiques et Anthropologiques de France.
SEV	Syndicat du personnel des transports.
sez.	sezione.
SG	St-Gall.
SGB IX	Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (Artikel 1 des Gesetzes v. 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046).
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (en français : recueil systématique de la législation saint-galloise).
SH	Schaffhouse.
SHG	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) des Kantons Bern vom 11. Juni 2001, BSG 860.1.
SJ	La Semaine judiciaire.
SJZ	Schweizerische JuristenZeitung (en français : RSJ).
SMIC	salaire minimum interprofessionnel de croissance.
SO	Soleure.
sog.	so genannt.
SpVG	Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 13. Juni 2013, BSG 812.11.
SR	Systematische Rechtssammlung (en français : RS).
SR	Ständerat (en français : CE).
SSP	Syndicat suisse des services publics.
STCE	Série des Traités Européens (Conventions et Accords conclus par le Conseil de l'Europe dès 2004).
STE	Série des Traités Européens (Conventions et Accords conclus par le Conseil de l'Europe entre 1949 et 2003 ; dès 1994 : STCE).
StF	Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927, RO 43 459.
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2525) geändert worden ist.
suiv.	suivant (s).
supra	ci-dessus.
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (en français : CNA).
Swissmedic	Institut suisse des produits thérapeutiques.
SZ	Schwyz.
t.	tome.
TF	Tribunal fédéral.
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée 2012), JO C 326 du 26 octobre 2012, pp. 47-199.
TI	Tessin.
TL	Transports publics de la région lausannoise.

TRIPAC-VD	Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale vaudoise.
TUE	Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JO C 191 du 29 juillet 1992, pp. 1-67 (version consolidée 2012 : JO C 326 du 26 octobre 2012, pp. 13-45).
TULRCA	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992.
TV	télévision.
TV-L	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst der Länder.
TVG	Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Juli 2015 (BGBl. I S. 1130) geändert worden ist.
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst.
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1966), das zuletzt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854) geändert worden ist.
u. a.	unter anderem.
u.a.	und andere (s).
UE	Union européenne.
UK	United Kingdom.
UR	Uri.
USS	Union syndicale suisse.
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20 (en français : LAA).
v.	vom (en français : de / du).
VD	Vaud.
VG	Verwaltungsgericht (en français : tribunal administratif).
VGE	Verwaltungsgerichtsentscheid (en français : arrêt du tribunal administratif).
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013, SR 221.331 (en français : ORAb).
vgl.	vergleiche (en français : *cf.*).
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11 (en français : OMP).
vol.	volume.
vs	versus (en français : contre).
VS	Valais.
VSLF	Syndicat suisse des mécaniciens de locomotive et aspirants.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2490) geändert worden ist.

WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (en français : DEFR).
z. B.	zum Beispiel (en français : p. ex.).
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (en français : RJB).
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht.
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht.
ZG	Zoug.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 (en français : CC).
ZH	Zurich.
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (en français : RDS).

Première partie – Histoire et fondements

STÉPHANIE PERRENOUD

L'évolution historique du droit de la relation de travail

Sommaire

		Page
I.	Introduction	4
II.	Les notions de « *droit privé* », de « *droit public* » et de « *droit du travail* »	6
	A. Les notions de « *droit public* » et de « *droit privé* »	6
	B. La notion de « *droit du travail* »	9
	1. La définition	10
	a) Le droit privé du travail	11
	b) Le droit public de protection des travailleurs	13
	c) Le droit collectif du travail	16
	d) Le droit de la fonction publique	20
	e) Synthèse	23
	2. Les normes attributives de compétences	23
	a) La Constitution fédérale du 12 septembre 1848	24
	b) La Constitution fédérale du 29 mai 1874	25
	aa) Les compétences originelles	26
	bb) L'attribution progressive de nouvelles compétences	28
	c) La Constitution fédérale du 18 avril 1999	29
III.	Les origines et l'évolution du droit privé du travail	29
	A. Les origines du droit privé du travail	30
	1. L'époque romaine	30
	2. Le Moyen Age	32
	3. La naissance de l'Etat fédéral et l'adoption du premier Code fédéral des obligations	34
	B. Le phénomène de « *socialisation* » du droit privé du travail	38
	1. La réserve consacrée par le droit privé en faveur du droit public de protection des travailleurs	39
	2. L'insertion de règles impératives dans le droit du contrat de travail	41
	a) Le Code des obligations du 30 mars 1911	42
	b) Les différentes révisions du Code des obligations	45
	aa) La révision du 25 juin 1971	45
	bb) La révision du 18 mars 1988	54
	3. L'octroi d'effets de droit privé aux dispositions de droit public de protection des travailleurs	56
	C. Le phénomène de « *publicisation* » du droit privé du travail	57
	1. L'application de principes généraux du droit public dans les rapports de travail entre particuliers	58

2. Quelques autres limitations portées à la liberté contractuelle par le droit interne 61
3. Vers une réglementation de certains aspects du droit du contrat de travail par le biais d'un recours à des moyens de droit administratif 66
4. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant du droit international de protection des travailleurs 67
5. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 69
6. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant du droit européen 70
D. Vers une « *désocialisation* » du droit privé du travail ? 73

IV. Les origines et l'évolution du droit public de protection des travailleurs 74
A. Les origines du droit public de protection des travailleurs 76
1. Les mesures protectrices adoptées sous l'Ancien Régime 77
a) La protection des jeunes travailleurs 78
b) La protection contre les conséquences de la maladie ou du chômage 79
2. Les mesures protectrices adoptées en réponse à la Révolution industrielle 81
a) Les premières législations cantonales de droit ouvrier 84
aa) La protection de l'enfant-ouvrier 85
bb) La protection de l'ouvrier adulte 89
b) La législation fédérale sur le travail dans les fabriques 93
aa) La loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 95
bb) La loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919 107
cc) Vers un droit ouvrier international 118
c) La législation fédérale sur le travail dans la fabrication d'allumettes 120
d) La législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transport et de communications 120
aa) La loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse de 1872 121
bb) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport de 1890 122
cc) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902 123
dd) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 124
e) Les législations cantonales de protection des travailleurs 125
B. L'évolution de la législation fédérale de protection des travailleurs 133
1. La législation fédérale de protection des travailleurs occupés en dehors des fabriques 134
a) La loi fédérale sur l'emploi des femmes et des jeunes gens dans les arts et métiers du 31 mars 1922 136
b) La loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930 138
c) La loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931 140
d) La loi fédérale sur l'âge minimum du 24 juin 1938 142
e) La loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 143
f) La loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 146

2. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 147
a) Le champ d'application personnel 154
aa) Le principe 156
bb) Les exceptions 156
b) La protection de la santé 166
c) La durée du travail et du repos 166
d) Les prescriptions spécifiques au travail de certaines catégories de travailleurs 167
e) Le règlement d'entreprise 167
f) La réserve en faveur du droit public 168
g) L'exécution de la loi 173
3. La législation fédérale spéciale de protection des travailleurs 173
a) La loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 174
b) La loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 176

V. Les origines et l'évolution du droit collectif 177
A. Les origines du droit collectif 180
B. L'ancrage du droit collectif dans le Code des obligations 181
C. Le développement du droit collectif 182

VI. Les origines et l'évolution du droit de la fonction publique 184
A. Les origines du droit de la fonction publique 184
1. Le droit de la fonction publique jusqu'au début du XX^e^ siècle 184
2. La loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927 190
B. Le phénomène de privatisation du droit de la fonction publique 196
1. La législation sur la fonction publique fédérale : un modèle de forte convergence vers le droit privé 196
a) La loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 : une loi-cadre tendant à une flexibilisation du droit de la fonction publique 197
b) La révision de la LPers du 14 décembre 2012 : un pas supplémentaire en direction du droit privé 200
2. L'applicabilité à titre subsidiaire des règles du Code des obligations dans la fonction publique 201
3. La soumission au droit privé de certains rapports de travail au sein d'une entité publique 203
4. La soumission au droit privé de l'ensemble du personnel d'entités publiques 205
5. L'application de principes de droit privé dans la fonction publique 207
C. Le droit de la fonction publique : un régime toujours distinct du droit privé du travail 209

VII. Conclusion 212

VIII. Bibliographie 216

I. Introduction

Le travail, en tant qu'activité fournie pour le compte d'autrui, existe depuis des temps très anciens[1]. Connu, à l'origine, sous la dénomination de « *contrat de louage de services* » (*locatio operarum*), le contrat de travail est en effet une institution qui remonte à l'époque romaine.

Si le droit romain a consacré les éléments essentiels du contrat de travail sur lesquels se fonde le droit actuel (*cf.* art. 319 ss CO[2]), il faudra attendre la Révolution industrielle pour que le droit du travail, en tant que droit de protection des travailleurs, fasse son apparition ; dans son acception actuelle, le droit du travail est en effet un droit jeune, dont l'origine coïncide avec l'émergence du libéralisme et de la liberté du commerce et de l'industrie, facteurs qui ont entraîné la nécessité de légiférer dans le dessein de sauvegarder les intérêts du travailleur dès le milieu du XIX^e^ siècle[3]. Ainsi, la limitation de la durée du travail et l'interdiction du travail de nuit sont des questions qui n'ont été abordées qu'avec l'apparition des fabriques et du machinisme, lors de la Révolution industrielle[4].

Bien que la naissance du droit de la fonction publique semble également être ancienne, à l'origine, toutefois, seuls certains aspects des relations de travail du personnel des collectivités publiques faisaient l'objet d'une réglementation. Au vu du caractère lacunaire des diverses législations sur la fonction publique, le droit privé (Code des obligations de 1881, puis Code des obligations de 1911) était appliqué à titre complémentaire dans les relations entre l'Etat et ses agents. Ce n'est qu'au début du XX^e^ siècle que les différents

---

1 TSCHUDI, Geschichte, p. 1 : « *Abhängige Arbeit findet sich, soweit wir die Geschichte der Menschheit zurückverfolgen können. Die rechtliche Regelung der Arbeit gehört somit zu den ältesten Institutionen* ». *Cf.* aussi la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, pp. 279-280.

2 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Code des obligations, CO), RS 220.

3 DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 106 : « *Il serait hasardeux de comparer le régime juridique rudimentaire de l'époque romaine avec les réglementations actuelles des relations de travail. On peut dire que le droit du travail moderne est né d'une double révolution, la Révolution française et la révolution industrielle, de par le besoin d'encadrer les relations de travail et de protéger les intérêts des travailleurs* » ; TSCHUDI, Geschichte, p. 1 : « *Dennoch ist unser Arbeitsrecht ein junges und modernes Rechtsgebiet, denn es regelt die Arbeit einer liberalen Gesellschaft mit einer Marktwirtschaft. Die Handels- und Gewerbefreiheit sowie ein Stand abhängiger Arbeiter bilden die Voraussetzungen für die Entstehung eines Sonderrechts der abhängigen Arbeit. Infolgedessen haben arbeitsrechtliche Regelungen früherer Gesellschaftssysteme, insbesondere der römischen und der germanischen Epochen, sowie des mittelalterlichen Zunftsystems kaum mehr Nachwirkungen auf unser Recht* ». *Cf.* aussi la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, pp. 279-280.

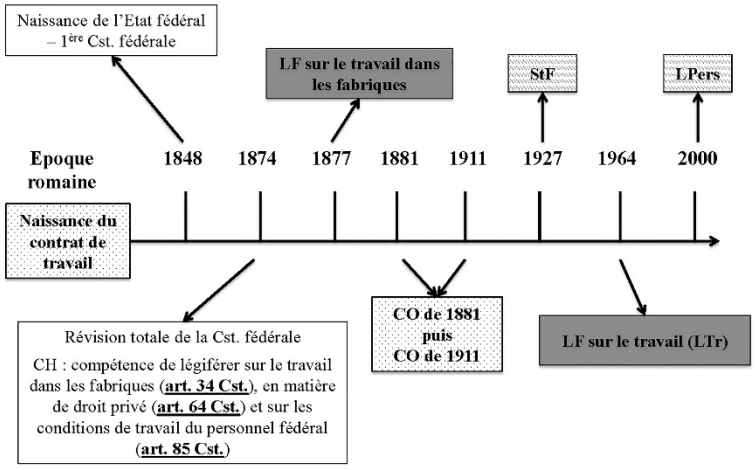
4 *Cf.* GROBÉTY, p. 37.

droits de la fonction publique ont pris la forme de véritables statuts arrêtant l'ensemble des droits et obligations respectifs des parties. Au niveau fédéral, cette évolution s'est matérialisée par l'adoption du Statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927, qui a permis de retirer les rapports de travail du secteur public du champ d'application du droit privé.

L'objectif de la présente contribution consiste à retracer l'évolution du droit du travail, de son émergence jusqu'à nos jours. Après avoir défini les concepts de droit privé et de droit public, ainsi que la notion de droit du travail (*infra*, II.), nous aborderons l'évolution du droit privé (*infra*, III.) et public du travail (*infra*, IV.), du droit collectif du travail (*infra*, V.) et du droit de la fonction publique (*infra*, VI.). De par cette analyse, nous souhaitons à la fois mettre en lumière les similitudes et différences qui existaient, à l'origine, entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail, et examiner si ces deux régimes ont, depuis lors, plutôt tendance à converger ou à diverger. Il s'agira également de déterminer l'impact du droit public de protection des travailleurs sur les rapports de travail relevant du droit privé et du droit de la fonction publique, puisque cette législation paraît pouvoir être considérée comme un facteur unificateur.

L'évolution du droit privé et public du travail et du droit de la fonction publique peut être illustrée par le schéma suivant.

Schéma 1 : Les principales étapes de l'évolution du droit privé et public du travail et du droit de la fonction publique



II. Les notions de « *droit privé* », de « *droit public* » et de « *droit du travail* »

A. Les notions de « *droit public* » et de « *droit privé* »

En Suisse, comme dans la plupart des Etats d'Europe continentale, le droit privé et le droit public forment deux catégories distinctes de l'ordre juridique[5]. Cette distinction est ancienne puisqu'elle remonte à l'époque romaine[6].

Selon la définition donnée par Ulpien, le droit public se réfère aux règles qui ont trait à l'intérêt général (« *Quod ad statutum rei Romanae spectat* ») ; le droit privé régit, pour sa part, ce qui se rapporte aux intérêts des particuliers (« *Quod ad singularum utilitatem pertinet* »)[7].

Aujourd'hui, la notion de droit public qualifie « *l'ensemble des règles qui organisent l'Etat et les corporations qui lui sont liées, ainsi que celles qui régissent les relations dans lesquelles les pouvoirs publics interviennent comme détenteur de la puissance publique et qui visent en premier lieu l'intérêt général* »[8]. Le droit public porte donc sur « *les normes qui organisent l'Etat, définissent son action et règlent ses relations avec les particuliers* » ; il « *se caractérise notamment par la notion de subordination des particuliers face à la puissance publique et vise à assurer l'intérêt général* »[9]. Les prescriptions de droit public sont impératives et mises en œuvre d'office par les pouvoirs publics[10]. A l'inverse, le droit privé (ou droit civil) « *porte sur l'ensemble des règles qui régissent les relations des particuliers entre eux et tend entre autres à trouver un équilibre entre des intérêts privés contradictoires* »[11]. La liberté contractuelle est un principe important en droit privé (*cf.*

---

5 DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. v.

6 LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 553.

7 D. 1, 1, 1, 2 (Ulpien) et I. J. 1, 1, 4. *Cf.* aussi CERUTTI, pp. 8-9 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 553.

8 LE ROY/SCHOENENBERGER, pp. 556-557.

9 DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. v. *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 125, p. 65 : « *Private or civil law Acts regulate relations between individuals themselves – who are theoretically on the same level. As opposed to what will be said about public law, in the field of private law the public authorities do not intervene to ensure the application of the legislation. The individual who maintains that his co-contractor has violated a legal provision has to bring an action before the courts if he wishes to enforce his rights* ».

10 *Cf.* BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 136, p. 68 ; MAHON, La réglementation du travail, p. 20.

11 DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. v. *Cf.* aussi GAUDEMET JEAN, Droit privé romain, 3e éd., Editions Montchrestien, Paris 2009, p. 1 : « *[…] le droit privé concerne les rapports des individus entre eux ou avec des groupements privés de personnes. Il fixe les droits et les obligations de chacun, ses relations avec les autres, les modes d'acquisition, d'administration, de transmission des biens* ».

art. 19 al. 1 CO : « *L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi* »). Dans ce domaine, l'Etat n'intervient généralement « *qu'en tant que législateur* » ; le droit est mis en œuvre par les parties, qui peuvent, au besoin, saisir le juge civil[12].

Différents critères permettent de distinguer le droit public du droit privé : les critères de « *la nature des intérêts en cause* » (alors que la norme qui « *tend à promouvoir un intérêt général* » est de droit public, celle qui « *vise un intérêt particulier* » relève du droit privé), « *des personnes impliquées* » (une norme de droit public « *concerne l'Etat ou des corporations publiques* », respectivement, une norme de droit privé « *concerne les particuliers* »), des « *relations en jeu* » (une règle de droit public « *implique ou consacre un rapport de subordination entre les personnes qu'elle régit* », tandis qu'une règle de droit privé « *implique ou consacre un rapport d'égalité* ») et de « *la nature de la sanction* » (alors que la violation d'une norme de droit public « *est sanctionnée par une mesure d'exécution ou de contrainte […] ou une révocation d'autorisation administrative* », la violation d'une norme de droit privé « *est sanctionnée par l'annulation de l'acte contraire et/ou, par l'obligation d'indemniser la personne lésée* »)[13]. Pour déterminer si la norme est de droit public ou de droit privé, ces différents critères sont combinés[14].

Ranger le droit public et le droit privé dans deux catégories distinctes présente l'inconvénient de conduire à « *un morcellement du droit* »[15]. Etant donné que le système juridique « *forme un tout, dont les divers aspects ne peuvent être dissociés sans nuire à son homogénéité et à son efficacité* », on observe actuellement une tendance à « *régler les problèmes dans leur ensemble* », c'est-à-dire « *sans égard à la nature des règles qui sont édictées* »[16]. La réglementation des rapports de travail, qui résulte d'un entremêlement de normes de droit public (LTr[17], LTN[18], p. ex.) et privé (art. 319-362 CO), en constitue un exemple éloquent[19]. Dans ce domaine, l'on distingue également, « *d'un côté ou de l'autre*

---

12 MAHON, La réglementation du travail, pp. 25 et 29. *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 125, p. 65.

13 *Cf.* LE ROY/SCHOENENBERGER, pp. 558-561.

14 *Cf.*, p. ex., ATF 128 III 250, c. 2a ; ATF 120 II 412, c. 1b. *Cf.* aussi CERUTTI, p. 11 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 561.

15 LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 561.

16 LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 561. *Cf.* aussi DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. v, qui indiquent que la traditionnelle distinction entre le droit public et le droit privé « *tend à se relativiser par une osmose progressive* ».

17 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11.

18 Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir, LTN), RS 822.41.

19 *Cf.* aussi RICHARD, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, p. 106 : le droit privé et le droit public du travail « *n'appartiennent pas à deux domaines totalement séparés.*

de la frontière entre droit privé et droit public », des dispositions qui « *établissent des passerelles ou des ponts vers l'autre rive* » (ainsi, p. ex., l'art. 342 al. 2 CO, qui permet aux parties au contrat individuel de travail de droit privé d'agir civilement en vue d'obtenir l'exécution d'obligations découlant de dispositions de droit public du travail, ou l'art. 6 al. 2 LPers[20], qui prévoit l'applicabilité des règles du CO à titre supplétif)[21]. Certaines lois régissent en outre à la fois les relations de travail de droit privé et celles liant l'Etat à son personnel (LEg[22], LPD[23], p. ex.). La jurisprudence joue aussi un rôle important dans le processus de rapprochement du droit public et privé du travail puisqu'elle « *tend à faire de certains principes généraux du droit privé (comme la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit), mais aussi, plus récemment, de principes typiques du droit public (comme la proportionnalité), des principes généraux du droit "tout court", applicables dans l'un comme dans l'autre des domaines* »[24]. Selon CERUTTI, dès lors que le droit est un tout, il ne faut pas voir un décloisonnement entre le droit public et le droit privé « *derrière la compénétration de principes développés par l'un d'eux* » ; les principes généraux (ou institutions générales du droit) imprègnent l'ensemble de l'ordre juridique, témoignant ainsi « *du dépassement de l'opposition dogmatique, dans le sens où ils font du droit un ensemble cohérent qui permet son unité à l'intérieur du désordre des règles quotidiennes* »[25].

Au même titre que le droit de la sécurité sociale, le droit du bail à loyer ou encore le droit de la consommation, le droit du travail fait partie d'un ensemble plus large, que l'on rencontre communément sous la dénomination de « *droit social* » et qui se caractérise par un « *terrain juridique […] à mi-chemin entre le droit public et le droit privé* »[26]. Le droit social englobe toutes les règles destinées à garantir une protection particulière aux personnes qui en ont besoin face aux dangers de l'existence susceptibles de les toucher sur le plan économique ou social ; l'un des objectifs principaux du droit social réside dans la satisfaction des besoins essentiels de chaque être humain[27]. Le droit social repose sur l'idée qu'une « *protection accrue de la partie faible est nécessaire* » et tend à apporter des

[…] il existe entre eux un lien indéfectible et tous deux ne forment que les deux faces d'une seule organisation juridique ».

20 Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

21 DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. vi.

22 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

23 Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1.

24 DUNAND/MAHON, Avant-propos, p. vi. Pour un exemple, *cf.* ATF 130 II 425.

25 CERUTTI, pp. 14-19 et 25-26.

26 CERUTTI, p. 19. *Cf.* aussi SCHREURS, pp. 5-6.

27 BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n^os^ 41-42, pp. 39-40 : « *[…] social law covers all the rules which are intended to help those individuals whom the legislator deems to be worthy of special protection in the face of the many dangers which may beset them on an economic or social level. […]. Social law also has as one of its objectives that of ensuring the protection of the essential needs of every human being* ».

réponses aux situations sociales qui « *ne trouvent leur solution ni dans la réglementation de l'Etat, ni dans les lois du marché* » ; le contenu de la réglementation sociale découle ainsi d'une pondération des intérêts en présence (le besoin de protection des employés face aux intérêts économiques des employeurs, p. ex.) et comprend à la fois des règles de droit privé et de droit public[28]. Dès la seconde moitié du XIX[e] siècle, le droit privé du travail a été marqué par un phénomène de « *socialisation* » : des règles de droit public ont été adoptées afin de conférer une protection aux travailleurs ; par la suite, des normes de droit strict (normes impératives et/ou semi-impératives) ont été insérées dans le droit du contrat de travail, afin, essentiellement, de protéger les travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat de travail (*infra*, III.).

B. La notion de « *droit du travail* »

En Suisse, le secteur du travail est encadré par un ensemble de règles « *impressionnant par son ampleur et sa variété* »[29], qui forme le droit du travail. L'« *ampleur du tissu juridique* » qui caractérise le droit du travail (CO, LTr, conventions collectives de travail, contrats-types de travail, règlements d'entreprises, *etc.*) est encore plus grande si l'on pense aux nombreux instruments de droit international public qui lient la Suisse[30]. Les Conventions et Recommandations adoptées dès 1919 par l'Organisation internationale du Travail (OIT), en particulier, jouent un rôle considérable en droit du travail[31], spécialement en matière de protection des travailleurs. La Déclaration concernant les buts et objectifs de l'OIT (Déclaration de Philadelphie) du 10 mai 1944 érige d'ailleurs le principe selon lequel « *le travail n'est pas une marchandise* » en un principe fondamental de l'Organisation[32].

L'objet des lignes qui vont suivre consistera à définir la notion de droit du travail (*infra*, 1.), puis à rechercher les normes attributives de compétences en la matière (*infra*, 2.).

---

28 CERUTTI, p. 19. *Cf.* aussi SCHREURS, pp. vii et 8 : « *Die Arbeit interessiert nicht nur als Gegenstand obligationenrechtlicher Beziehungen unter einzelnen Rechtssubjekten, sondern sie bildet den Kern weit umfassender sozialer Probleme, von deren Lösung die Zukunft des menschlichen Zusammenlebens abhängen kann* ».

29 MAHON, La réglementation du travail, p. 7.

30 Pour un aperçu des différents instruments liant la Suisse, *cf.* BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n[os] 162-167, pp. 76-78.

31 MAHON, La réglementation du travail, p. 8. *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 12-16.

32 Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail (Déclaration de Philadelphie) du 10 mai 1944, OIT : Bulletin officiel, vol. XXVI (1944), n° 1, pp. 1-3.

1. La définition

Le droit du travail au sens étroit comprend « *l'ensemble des normes juridiques qui régissent les rapports de travail, c'est-à-dire les relations juridiques entre employeurs et travailleurs ainsi qu'entre leurs groupements (organisations, associations)* »[33] ; à l'inverse, il ne s'étend pas au travail des personnes de condition indépendante[34]. Le droit du travail au sens strict se subdivise en trois « *sous-ensembles* »[35], en trois « *branches maîtresses* »[36] : le droit privé du travail (ou « *droit du contrat de travail* » ; art. 319 ss CO ; *infra*, a)) ; le droit public de protection des travailleurs (LTr, p. ex. ; *infra*, b)) ; le droit collectif du travail, qui se matérialise essentiellement sous la forme de conventions collectives et de contrats-types de travail (*cf.* art. 356-360*f* CO ; *infra*, c)). Le droit du travail au sens étroit repose donc sur une multitude de lois distinctes et non sur un acte unique ; il n'existe pas, en Suisse, de Code du travail qui regrouperait l'ensemble des normes régissant les relations entre employeurs et travailleurs[37]. En outre, le législateur helvétique n'a pas adopté une loi régissant spécifiquement le contrat de travail ; au contraire, il a fait du contrat de travail un contrat du droit des obligations, ce qui signifie que le contrat de travail est inséré, au même titre que les autres contrats (contrat de vente, contrat de bail, contrat de mandat, *etc.*), dans le Code des obligations[38].

Si les dispositions de droit public de protection des travailleurs « *constituent par excellence des règles tendant à la protection des travailleurs, il ne faut pas en déduire*

---

33 MAHON, La réglementation du travail, pp. 7 et 15 ; SCHWEINGRUBER, p. 13.

34 TSCHUDI, Geschichte, p. 1 : « *Das Arbeitsrecht ordnet nicht jede Form der Arbeitsbeziehungen, also nicht die Gesamtheit der menschlichen Arbeit, sondern nur die abhängige Arbeit, die im Dienste und auf Weisung eines Arbeitgebers geleistet wird* ». *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 40, p. 39 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 2.

35 MAHON, La réglementation du travail, pp. 7 et 15.

36 SCHWEINGRUBER, p. 13. *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 3.

37 BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 36, p. 38. *Cf.* aussi BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 282 : « *[…], la législation fédérale comporte, dans le domaine du droit du travail, deux catégories de textes, contenant l'une les règles de droit public gouvernant la matière, l'autre celles du droit privé. Il n'y a donc pas eu, dans ce domaine, de codification d'ensemble* ». A noter que lors de l'élaboration de la LTr, l'idée de réglementer l'ensemble des relations de travail dans un Code du travail avait été évoquée. Sur ce point, *cf.* GRISEL, pp. 465-468.

38 BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse, p. 77 : « *[…] le législateur suisse n'a pas suivi l'exemple des pays qui ont considéré que la place du contrat de travail ne se trouvait pas dans le cadre du droit civil et que les rapports juridiques qu'il réglemente entrent dans le cadre d'une autre discipline juridique, le droit du travail. Le législateur a au contraire suivi la conception traditionnelle qui tend à faire du contrat de travail un contrat du droit des obligations, aux côtés des autres contrats tels que la vente, le prêt, le bail ou l'entreprise* ». *Cf.* aussi BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 282 : le législateur considère le contrat de travail « *comme un contrat à l'égal des autres contrats du droit civil* ».

qu'elles soient seules dans ce cas » ; les conventions collectives et la réglementation du contrat de travail (art. 319-362 CO) contiennent en effet également des règles qui « *ont une fonction protectrice tout aussi importante* »[39]. La protection des travailleurs résulte ainsi de « *la combinaison de ces différents modes de création de règles de droit* »[40].

Les sources du droit du travail au sens étroit peuvent être hiérarchisées, selon l'ordre de priorité suivant : les règles légales impératives de droit public ou de droit privé ; les conventions collectives de travail ; les contrats-types de travail ; les contrats individuels de travail ; les règles légales dispositives[41].

Au sens large, le droit du travail englobe « *toutes les réglementations qui forment ce que l'on peut appeler la politique du travail ou la politique de l'emploi* »[42]. En font partie, outre les règles qui encadrent les rapports juridiques entre travailleurs et employeurs, également celles qui concernent la formation et l'orientation professionnelles, le placement ou encore la lutte contre le chômage[43]. Si le droit de la fonction publique, soit, le droit qui régit les relations juridiques entre l'Etat et son personnel (LPers, p. ex.), appartient au droit administratif, il s'inscrit aussi au sein du droit du travail au sens large (*infra*, d).

a) Le droit privé du travail

Le droit privé du travail régit les rapports juridiques entre particuliers. La liberté contractuelle occupe une place centrale dans ce secteur puisque les parties peuvent, en principe, déterminer librement l'objet du contrat, dans les limites de la loi (*cf.* art. 19 al. 1 CO)[44]. Dans le domaine du droit du travail, la liberté contractuelle est toutefois enserrée dans un cadre rigide, car nombre de dispositions impératives ou semi-impératives (*cf.* art. 361-362 CO) limitent le libre choix des parties dans le dessein d'accorder une protection à la partie faible au contrat (normes semi-impératives) ou aux deux parties (normes impératives). La liberté contractuelle étant une composante de la liberté

---

39 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 283. *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 21 : « *[…] le contrat individuel de travail et la convention collective de travail peuvent contenir des clauses qui complètent les dispositions de droit public* ».

40 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 293. *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 21 : « *La législation protectrice des travailleurs et le droit du contrat de travail ne sont pas deux domaines séparés. Au contraire, ils sont étroitement liés puisque tous deux régissent les rapports de travail* ».

41 MAHON, La réglementation du travail, p. 23.

42 MAHON, La réglementation du travail, p. 7.

43 *Cf.* MAHON, La réglementation du travail, p. 7.

44 *Cf.* ATF 129 III 276, c. 3.1 : « *Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen* ».

économique (*cf.* art. 27 Cst.[45]), elle ne peut être restreinte que moyennant le respect de conditions strictes. Ces conditions, qui sont au nombre de quatre, figurent à l'art. 36 Cst. ; conformément à cette disposition, la licéité d'une limitation portée à un droit fondamental doit reposer sur une base légale (en cas de restriction grave, il doit s'agir d'une loi au sens formel et non d'une ordonnance[46]), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, respecter le principe de la proportionnalité (lequel exige que la restriction soit apte à atteindre le but visé, que ce dernier ne puisse être atteint par une mesure moins incisive et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public[47]), et ne pas porter atteinte au noyau dur intangible du droit fondamental[48]. En matière de droit du travail, de nombreuses normes limitent la portée de la liberté contractuelle (*cf.*, p. ex., art. 2 et 27-28 CC, art. 19-20, 328, 336*c* CO, LTr) ; l'intérêt public qui autorise de telles restrictions, réside, généralement, dans la nécessité de protéger les travailleurs[49].

Contrairement aux règles de droit public, qui, en ce qu'elles tendent à la protection des seuls travailleurs, sont « *à sens unique* », les règles impératives du droit privé du travail « *peuvent avoir pour fin la protection des employeurs* »[50]. L'insertion de dispositions contraignantes dans le droit privé du travail est une illustration du phénomène de « *socialisation* » du droit privé (*infra*, III., B.).

Le droit privé est mis en œuvre par les parties, qui peuvent, le cas échéant, saisir le juge dans le but de garantir le respect de leurs droits ; ainsi, « *à la différence des règles coercitives du droit public, leur violation ne donne pas lieu à une intervention d'office de*

45 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

46 ATF 132 I 229, c. 10.1.

47 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 6C_1/2008 du 9 mai 2008, c. 5.4 et 5.7 ; ATF 130 I 65, c. 3.5.1 ; ATF 129 I 12, c. 9.1.

48 *Cf.*, p. ex., ATF 114 Ia 350, c. 5 ; ATF 112 Ia 161, c. 3a ; ATF 109 Ia 273, c. 4a ; ATF 104 Ia 480, c. 4b.

49 Sur les restrictions portées à la liberté contractuelle dans le domaine du droit du travail, *cf.*, spécifiquement, la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, pp. 243-244.

50 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, pp. 283-284.

l'Etat »[51]. Dans le secteur privé, l'Etat n'intervient en effet « *qu'en tant que législateur* »[52]. Les litiges relevant du contrat de travail sont tranchés par la juridiction civile[53].

Si le droit du contrat de travail repose essentiellement sur le Code des obligations (art. 319-362 CO)[54], des normes de droit privé peuvent également se rencontrer dans des lois spéciales[55]. Tel est le cas, par exemple, de la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse, qui énonce une réglementation complète des relations de travail des gens de mer à bord d'un navire[56]. Cette tendance est cependant moins marquée depuis la révision totale du Titre consacré au contrat de travail du Code des obligations du 25 juin 1971, qui a réalisé une codification des dispositions relatives au contrat de travail en une loi unique. Cette révision, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1972, a permis d'alléger la législation spéciale de droit public des dispositions de droit privé qu'elle contenait jusqu'alors (substitution des art. 351-355 CO aux dispositions de droit privé figurant dans la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, p. ex.)[57].

b) Le droit public de protection des travailleurs

Les dispositions de droit public de protection des travailleurs « *créent des rapports entre l'Etat d'une part et l'employeur ou le travailleur d'autre part* »[58] ; elles « *n'interviennent pas directement dans les rapports juridiques entre l'employeur et le travailleur, mais imposent, au premier comme au second, des obligations à l'égard de l'Etat* »[59]. Il s'agit de

---

51 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 284. *Cf.* aussi RICHARD, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, p. 110 : « *Les prescriptions impératives […] n'ont pas perdu leur caractère de règles de droit privé. Certaines dispositions revêtent un caractère absolu, coercitif, […], mais le "jus cogens" ne donne pas à l'autorité la faculté d'intervenir. Il appartient au contractant d'agir, en saisissant le juge compétent. S'il ne le fait pas, la dérogation subsistera malgré la prohibition légale. La règle impérative ne crée pas une obligation envers l'Etat et demeure par conséquent dans le domaine du droit civil* ».

52 MAHON, La réglementation du travail, pp. 25 et 29. *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 125, p. 65.

53 MAHON, La réglementation du travail, p. 29.

54 *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse, p. 80 : les règles de droit civil « *sont inscrites dans leur quasi-totalité dans le Code des obligations* ».

55 *Cf.* MAHON, La réglementation du travail, pp. 17-18.

56 Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM), RS 747.30.

57 Loi fédérale révisant les Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 juin 1971, RO 1971 1461 (FF 1971 I 1449).

58 GRISEL, p. 503. *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 21 : le droit public de protection des travailleurs « *régit les relations entre l'employeur (exceptionnellement le travailleur) et l'Etat en ce qui concerne l'occupation des travailleurs* ».

59 MAHON, La réglementation du travail, p. 20. *Cf.* aussi RICHARD, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, pp. 120-121 : « *Au contrat de travail appartiennent les*

droit impératif, mis en œuvre d'office par les pouvoirs publics, qui « *agissent par le contrôle, la contrainte administrative et la sanction, c'est-à-dire par le canal de l'inspection du travail ou de la police et par la commination de sanctions pénales* »[60].

La fonction de la législation protectrice des travailleurs est de « *procurer un appui au travailleur en tant que sujet de droit éprouvant un besoin particulier de protection* » ; elle est ainsi destinée « *à réaliser l'intervention autoritaire de l'Etat dans les relations entre employeurs et travailleurs, afin de protéger ceux-ci de l'exploitation dont ils étaient victimes* »[61]. Les règles de droit public sont donc « *à sens unique, c'est-à-dire qu'elles ont pour seule fonction la protection des travailleurs* »[62].

Différentes lois fédérales de droit public renferment des dispositions protectrices des travailleurs. La principale est la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr)[63]. S'ajoutent : la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT)[64], la loi fédérale sur le travail à

obligations réciproques des parties dépendant de la volonté de celles-ci ou prévues par le code. Du droit protecteur des employés relèvent les règles de droit public qui imposent des obligations envers l'Etat aux employeurs, parfois aux employés, de faire ou de ne pas faire quelque chose ».

60 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 283. *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 136, p. 68 : « *Public law Acts involve orders given by the state to individuals. This type of legislation (protective legislation) has a coercive action. Its provisions are compulsory for the employer as well as the employee. Derogation may be consented to only within the limits set by the Act. Its application is under the control of the state and any breaches are subject to penal sanctions* » ; GRISEL, p. 503 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 4.

61 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 281. *Cf.* aussi GRISEL, pp. 503-504 : « *Aux liens de droit privé, qui se nouent normalement entre le travailleur et l'employeur, le législateur d'aujourd'hui ajoute ou substitue des rapports de droit public, de plus en plus nombreux, qui unissent à l'Etat l'auteur ou le bénéficiaire du travail. L'intérêt du contractant le plus faible, qui est généralement le travailleur, justifie cette tendance du droit moderne. La perspective de perdre son emploi et ses ressources retient parfois le travailleur d'exercer ses droits. Aussi l'Etat, pour suppléer à l'impuissance de fait du travailleur, contraint-il d'office l'employeur au respect de la loi et du contrat* » ; RICHARD, Le contrat de travail, p. 16 : la législation protectrice des travailleurs « *consiste à atténuer les abus dont le processus économique fait de l'ouvrier la victime* » ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 3 : la législation protectrice des travailleurs englobe « *les prescriptions par lesquelles l'Etat impose à l'employeur et au travailleur des obligations et des restrictions en vue de protéger les salariés, c'est-à-dire afin de leur épargner les dangers et les inconvénients généralement liés aux rapports de travail* ».

62 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 283.

63 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11.

64 Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), RS 822.21.

domicile du 20 mars 1981 (LTrD)[65] et la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR)[66], sur la base de laquelle a été adoptée l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs) du 19 juin 1995 (*cf.* art. 56 LCR)[67]. Nous pourrions encore citer la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (LPart)[68], la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA)[69] et la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN)[70], qui sont des lois de droit public qui contiennent également certaines dispositions axées sur la protection des travailleurs. La loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM) est, quant à elle, une loi mixte, puisqu'elle renferme à la fois des dispositions de droit public sur la protection des travailleurs et des dispositions de droit privé concernant les rapports de travail[71]. Tel est également le cas de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE)[72], de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), de la loi fédérale sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 (LDét)[73], ou encore de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr)[74], qui ont en commun d'énoncer aussi bien des normes de droit public (*cf.*, p. ex., art. 3 LEg, art. 12-13 et 15 ss LFPr) que de droit privé (art. 8-10 LEg, art. 14 LFPr, p. ex.).

---

65 Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), RS 822.31.

66 Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR), RS 741.01.

67 Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 19 juin 1995 (Ordonnance sur les chauffeurs), RS 822.221.

68 Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation, LPart), RS 822.14.

69 Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20. En particulier, les art. 81-87 LAA traitent de la prévention des accidents et maladies professionnels et une ordonnance est spécifiquement consacrée à ce thème : Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA) du 19 décembre 1983, RS 832.30.

70 Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN), RS 822.41. L'art. 14 lit. a LTN, par exemple, consacre le devoir des autorités de signaler aux étrangers concernés, dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion, « *qu'ils peuvent éventuellement faire valoir des droits à l'égard de leur employeur quant à l'activité lucrative non autorisée qu'ils ont exercée* ».

71 Lorsqu'une législation comprend à la fois des règles de droit privé et de droit public, on la qualifie de « *droit mixte* ». Sur ce point, *cf.* BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n^os^ 142-144, pp. 71-72.

72 Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE), RS 823.11.

73 Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés, LDét), RS 823.20.

74 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr), RS 412.10.

Les prescriptions de droit public s'appliquent, en principe, tant dans les entreprises privées que publiques[75]. Ainsi, notamment, la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics (LDT), la loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD), la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), la loi fédérale sur le travail au noir (LTN) ou encore la loi fédérale sur l'égalité (LEg). Il en va de même de la LTr (*cf.*, art. 1 al. 1 LTr, art. 4 OLT 1[76]), sous réserve, toutefois, d'exceptions ; en particulier, seules les dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) sont applicables dans l'administration centrale fédérale, cantonale et communale (*cf.* art. 2 al. 1 lit. a, 3*a* lit. a et 71 lit. b LTr). En revanche, la loi fédérale sur la participation ne concerne que les entreprises privées (*cf.* art. 1 LPart).

c) Le droit collectif du travail

Le droit collectif du travail règle les relations entre les organisations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que les rapports existant entre celles-ci et, d'une part, les employeurs et travailleurs pris individuellement, et, d'autre part, l'Etat[77]. Il repose, pour l'essentiel, sur les conventions collectives de travail (CCT) et les contrats-types de travail (CTT).

La convention collective de travail, qui est régie par les art. 356-358 CO, est un « *contrat entre un ou plusieurs employeurs ou/ et une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part, qui règle les droits et obligations réciproques des parties (clauses obligationnelles) et dans lequel sont prévues des dispositions sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs liés (clauses normatives) ainsi que d'autres dispositions concernant les rapports de travail (clauses obligationnelles indirectes ou semi-normatives)* »[78]. Les règles contenues dans les conventions collectives ne sont donc pas élaborées par une autorité publique : elles sont créées de manière autonome par les employeurs (ou les associations patronales) et les travailleurs (ou les associations syndicales)[79]. Une convention collective est un instrument qui est utilisé pour arrêter les conditions minimales de travail (fixation d'un salaire minimum et de la durée du travail,

---

75 *Cf.* BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 63, p. 46.

76 Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

77 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 3.

78 BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n° 2, pp. 161-162. Sur les conventions collectives de travail, *cf.*, p. ex., BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire des art. 356-358, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 1113-1238 ; MAHON, La réglementation du travail, pp. 60-69 ; WYLER/HEINZER, pp. 811-859.

79 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 29, qui indique en outre que les conventions collectives de travail n'ont été inventées ni par le législateur, ni par des juristes, mais par les différents partenaires sociaux concernés (« *Der rechtlich und sozialpolitisch überaus wichtige Gesamtarbeitsvertrag ist keine Erfindung des Bundesgesetzgebers, aber auch nicht der Juristen. Er ist autonom in der Praxis der betrieblichen und beruflichen Beziehungen von den Sozialpartnern entwickelt worden* »).

p. ex.), et qui contient également, en principe, des dispositions relatives aux vacances, aux jours fériés rémunérés et aux prestations sociales[80]. La convention collective poursuit « *un but analogue à celui de la législation protectrice des travailleurs* », puisqu'elle tend principalement à « *protéger efficacement ces derniers dans leurs conditions de travail, leur santé et leur sécurité* »[81]. Les conventions collectives de travail sont une « *source de droit privé avec effet normatif* » ; elles occupent ainsi « *une place particulière entre le contrat individuel de travail et la législation de droit privé et public* »[82]. Si la convention collective est « *un contrat, de droit privé, constitutif de droits et d'obligations réciproques pour les parties* », elle « *présente un caractère spécifique* », en ce qu'elle contient également des clauses normatives (ou « *clauses impératives* »), qui « *s'appliquent directement et impérativement aux relations contractuelles individuelles entre employeurs et travailleurs affiliés aux associations contractantes, employeurs et travailleurs qui ne sont pas eux-mêmes, en tant que tels, parties au contrat collectif, mais qui sont, à l'égard de ce dernier, des tiers* » ; en d'autres termes, les dispositions normatives sont assorties d'un « *effet analogue à celui de la loi* » (*cf.* art. 357 CO)[83]. Des dérogations aux clauses impératives des conventions collectives de travail ne sont valables que si elles sont stipulées en faveur des travailleurs (*cf.* art. 357 al. 2 CO). Les conventions collectives ne peuvent pas déroger au droit impératif de la Confédération et des cantons ; les dérogations en faveur des travailleurs sont toutefois valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément (*cf.* art. 358 CO)[84]. Si les normes de droit public protectrices des travailleurs (LTr, p. ex.) n'excluent pas des dérogations en faveur du travailleur, tel n'est pas le cas des dispositions impératives du Code des obligations (*cf.* art. 362 CO), qui ne tolèrent, en principe, aucune dérogation[85]. Le champ d'application d'une convention collective peut être étendu à des personnes non membres des associations contractantes (extension à toute la branche économique concernée, p. ex.) ; les conditions et la procédure à respecter sont réglées par la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de

---

80 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885 (892).

81 MAHON, La réglementation du travail, p. 21.

82 WYLER/HEINZER, p. 811.

83 MAHON, La réglementation du travail, pp. 22 et 63. Sur les clauses normatives, obligationnelles indirectes et obligationnelles, *cf.* BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n^{os} 42-68 et 126-141, pp. 174-178 et 194-197 ; SCHMID PETER, L'art. 357 CO, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 231-246.

84 Sur ce point, *cf.* BRUCHEZ CHRISTIAN, L'art. 358 CO, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 293-299.

85 MAHON, La réglementation du travail, p. 23.

la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT)[86]. Malgré la « *caution* » que le législateur donne à la convention collective de travail en autorisant l'extension de son champ d'application, cela ne signifie pas qu'il lui confère les « *attributs du droit public* » ; en particulier, la convention collective n'est pas coercitive, de sorte que la partie qui entend se prémunir d'un droit découlant de celle-ci doit le faire valoir en justice[87]. Toutefois, conformément à l'art. 51 al. 3 LTr, lorsqu'une infraction à la LTr, à une ordonnance d'application ou à une décision, constitue en même temps une violation d'une convention collective de travail, l'autorité cantonale « *peut tenir compte, d'une manière appropriée, des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention* »[88]. Il résulte ainsi de ce qui précède que le droit public, qui généralement « *prime les mesures qui peuvent être prises par les parties* », est susceptible de « *devenir subsidiaire aux mesures prises par voie conventionnelle* » ; cette subsidiarité du droit public « *s'explique par la grande importance que l'on attache en Suisse aux dispositions adoptées conventionnellement par les partenaires sociaux* » et atteste la volonté du législateur de confirmer « *d'une manière éclatante le caractère protecteur qui découle des*

---

86 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT), RS 221.215.311. Sur cette loi, *cf.* RONCORONI GIACOMO, Les art. 1 à 21 LECCT, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 383-492 ; RONCORONI GIACOMO, Remarques préliminaires sur la LECCT, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 365-382.

87 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 290.

88 *Cf.* FF 1960 II 885 (984) : « *Cette innovation répond à un besoin car, de plus en plus, les conventions collectives contiennent des dispositions relatives à la durée du travail et au repos et prévoient des sanctions en cas d'infraction à ces dispositions, ce que le législateur ne saurait tout simplement ignorer. Un régime d'exécution de la loi qui ne prendrait pas en considération les réglementations établies par les conventions collectives de travail ne donnerait pas satisfaction dans la pratique et ne tiendrait pas compte de la volonté qu'on a de favoriser le plus possible la collaboration entre employeurs et travailleurs. En outre, le cumul des peines légales et des sanctions prévues par les conventions collectives pourrait être la cause de traitements par trop rigoureux que ni le législateur, ni les parties contractantes n'ont voulus. Toutefois, l'autorité compétente ne tiendra compte que des conventions collectives qui prévoient des sanctions en cas d'infraction aux clauses contractuelles et instituent les organes de contrôle et d'exécution indispensables ; pratiquement, il s'agira de conventions collectives conclues entre associations, que l'extension de leur champ d'application ait été prononcée ou non. Quant à savoir comment il conviendra de tenir compte desdites conventions, il s'agit là d'une question à laquelle les autorités cantonales auront à répondre selon les circonstances du cas. Le plus souvent, il suffira, selon toute probabilité, d'ajourner la décision lorsqu'on peut admettre que les parties contractantes prendront les mesures contractuelles voulues dans un délai convenable. Suivant les circonstances, l'autorité pourra aussi prendre contact avec les parties contractantes ou avec les organes de contrôle et d'exécution institués en commun afin de savoir quelles sanctions elles ont prises ou se proposent de prendre* ».

règles stipulées par les conventions collectives »[89]. Les conventions collectives de travail représentent en effet un moyen efficace pour augmenter de manière substantielle le standard de protection découlant du Code des obligations et de la législation de droit public de protection des travailleurs.

Le contrat-type de travail est, quant à lui, un instrument établi par les pouvoirs publics (Confédération ou cantons), qui contient des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin de diverses espèces de contrats de travail (*cf.* art. 359 al. 1 CO) ; malgré la terminologie utilisée, il ne s'agit donc pas d'un contrat, mais bien plutôt d'un acte normatif (c'est-à-dire d'une loi au sens matériel), qui régit les rapports de travail par le biais de dispositions de droit privé[90]. Les règles énoncées par un contrat-type appartiennent cependant au droit dispositif[91]. Lorsque le contrat-type est utilisé pour arrêter des salaires minima impératifs (*cf.* art. 360*a-f* CO), les dispositions en la matière sont toutefois de droit semi-impératif, puisqu'il n'est pas possible d'y déroger en défaveur des travailleurs (*cf.* art. 360*d* al. 2 CO). Si le contrat-type de travail peut contenir des clauses qui se substituent aux règles dispositives du Code des obligations, il ne saurait, en revanche, pas plus que la convention collective, déroger au droit impératif de la Confédération et des cantons ; les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont toutefois valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément (*cf.* art. 358 et 359 al. 3 CO). Le contrat-type de travail, qui, sauf accord contraire entre l'employeur et le travailleur, s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (*cf.* art. 360 CO), est donc un instrument qui se situe « *entre le droit impératif et le droit dispositif* »[92]. Des contrats-types de travail sont généralement édictés dans les branches d'activité où les conventions collectives font défaut[93]. Etant donné que les travailleurs agricoles et le personnel de maison échappent à la protection conférée par la LTr (*cf.* art. 2 al. 1 lit. d et g LTr) et qu'il n'existe pas de conventions collectives en la matière, la loi oblige les cantons à adopter des contrats-types dans ces deux secteurs (*cf.* art. 359 al. 2 CO)[94] ; en dehors de ces domaines, les autorités apprécient librement la nécessité de recourir à cette institution.

---

89 BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 292.

90 Sur les contrats-types de travail, *cf.*, p. ex., MAHON, La réglementation du travail, pp. 31-32 ; MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Commentaire des art. 359-360*f*, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 1239-1297 ; RONCORONI, Le contrat-type de travail (CTT), n^os^ 21-22, pp. 310-311 ; RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO, pp. 313-362.

91 RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO, n^os^ 3 et 62-77, pp. 319 et 334-339.

92 MAHON, La réglementation du travail, p. 23.

93 *Cf.* RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO, n° 2, p. 318.

94 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des Titres dixième et dixième^*bis*^ du Code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249 (432-433) : « *L'obligation d'établir un contrat-type de travail […] se justifie du fait qu'il n'existe pas de dispositions protectrices de droit*

d) Le droit de la fonction publique

Le droit de la fonction publique, soit, le droit qui régit les relations juridiques entre l'Etat et son personnel (LPers, p. ex.), appartient au droit administratif, mais également au droit du travail au sens large[95].

Un régime traditionnel de fonction publique se caractérise par les éléments principaux suivants : la création des rapports de service par une procédure de nomination, c'est-à-dire par une décision administrative et non par un contrat ; la nomination des fonctionnaires pour une période administrative et une grande sécurité de l'emploi ; une rémunération fixée sur la base d'une échelle de traitements, selon la fonction et l'ancienneté ; un devoir de fidélité accru du fonctionnaire (devoir de sauvegarder les intérêts de l'Etat) ; certains privilèges par rapport aux travailleurs du service privé (nombre de semaines de vacances supplémentaires, p. ex.)[96] ; le prononcé de sanctions administratives à l'encontre du fonctionnaire. Les statuts de la fonction publique sont donc des régimes caractérisés par une certaine rigidité.

En Suisse, si le droit privé du travail est unifié et repose principalement sur les dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail (art. 319-362 CO), tel n'est pas le cas du droit de la fonction publique, qui se décline en une multitude de réglementations : un statut fédéral (LPers), 26 statuts cantonaux et pas moins de 3'000 statuts communaux. Le pouvoir législatif de la Confédération se limite en effet aux conditions de travail de son personnel, de sorte qu'elle ne saurait imposer de règles en la matière ni aux cantons, ni aux communes[97]. Chaque entité légifère librement et il n'existe pas de standard commun minimal de protection. Les règles du droit public de protection des travailleurs, qui découlent de la LTr, ne sont au demeurant pas applicables de manière uniforme dans le secteur public : si certaines entités publiques sont intégralement soumises à la LTr[98],

public ». *Cf.* aussi MAHON, La réglementation du travail, p. 31 ; RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO, n° 3, p. 319.

95 BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n^os^ 62 et 65, pp. 45 et 47.

96 Les privilèges accordés aux fonctionnaires sont en quelque sorte une contrepartie de leur devoir accru de fidélité. Il s'agit également, par ce biais, d'inciter les fonctionnaires à servir le plus fidèlement et le plus loyalement les intérêts de l'Etat et à ne pas céder à la tentation de servir les intérêts privés de certaines personnes influentes. Sur ce point, *cf.* également la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, p. 280.

97 Sur ce point, *cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 282 et 286-287.

98 Sont visés, notamment, les établissements de droit public dotés de la personnalité juridique (les écoles polytechniques fédérales de Lausanne et Zurich, la CNA/SUVA ou encore les universités cantonales, p. ex.), ainsi que les entreprises mentionnées à l'art. 4 OLT 1.

d'autres ne le sont que partiellement[99], et certaines échappent même à toute application de cette loi[100].

La diversité qui caractérise le droit de la fonction publique est encore accrue si l'on songe aux nombreuses ordonnances qui introduisent des réglementations particulières en faveur de certaines catégories de travailleurs. Contrairement au droit privé du contrat de travail, qui s'applique indistinctement à tous les travailleurs (le Code des obligations n'introduit en effet pas de règles spéciales selon le poste occupé dans l'entreprise)[101], dans la fonction publique, les conditions de travail sont susceptibles de varier selon les fonctions exercées[102]. Au niveau fédéral, par exemple, des ordonnances spéciales régissent les conditions de travail du personnel du Tribunal fédéral[103], du personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire[104], du personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales[105] ou encore du personnel chargé des nettoyages d'entretien[106]. Dans le même sens, des règles particulières existent

99 Dans les entités partiellement soumises à la LTr, seules les règles relatives à la protection de la santé sont applicables (*cf.* art. 2 al. 1 lit. a et 3*a* LTr). Les collectivités concernées (l'administration centrale fédérale, cantonale et communale, notamment) peuvent donc légiférer librement sur le temps de travail et de repos de leur personnel.

100 Tel est le cas, notamment, des entreprises de transports publics (la Poste Suisse et les CFF, p. ex. ; *cf.* art. 2 al. 1 lit. b LTr).

101 La LTr, en revanche, opère certaines distinctions entre travailleurs (travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée ou une activité scientifique, travailleurs à domicile, ecclésiastiques, *etc.* ; *cf.* art. 3 et 3*a* LTr).

102 Sur ce point, *cf.* également la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, p. 289.

103 Ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral du 27 août 2001 (OPersTF), RS 172.220.114.

104 Ordonnance sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire du 2 décembre 2005 (OPers-PDHH), RS 172.220.111.9. *Cf.* aussi Ordonnance du DDPS sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire du 25 août 2009 (OPers-PDHH-DDPS), RS 172.220.111.91.

105 Ordonnance du Conseil des EPF sur le personnel du domaine des écoles polytechniques fédérales du 15 mars 2001, adoptée par le Conseil fédéral le 25 avril 2001 (Ordonnance sur le personnel du domaine des EPF, OPers-EPF), RS 172.220.113 ; Ordonnance du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales du 18 septembre 2003, approuvée par le Conseil fédéral le 26 novembre 2003 (Ordonnance sur le corps professoral des EPF), RS 172.220.113.40 ; Ordonnance du 16 septembre 2014 sur le personnel scientifique de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich, RS 172.220.113.11.

106 Ordonnance sur le personnel chargé des nettoyages d'entretien du 30 novembre 2001, RS 172.220.111.7. *Cf.* aussi Ordonnance du DFF sur le personnel chargé des nettoyages d'entretien du 22 mai 2002, RS 172.220.111.71.

en ce qui concerne la retraite de certaines catégories de travailleurs (militaires de carrière et membres du Corps des gardes-frontière, notamment)[107].

Une autre différence réside dans le fait que la liberté contractuelle est un principe qui prévaut dans les rapports de travail soumis au droit privé. Dans les relations entre l'Etat et son personnel, ce principe n'a que peu de place puisque l'Etat reste tenu de respecter les principes et droits constitutionnels, malgré son rôle d'employeur[108]. En particulier, toute activité étatique doit reposer sur une base légale (principe de la légalité) et l'Etat doit agir en conformité avec les valeurs prônées par la Constitution[109].

Nous relèverons encore que si les litiges qui surviennent dans les relations de travail entre particuliers sont tranchés par la juridiction civile, ceux liés aux rapports de travail de droit public doivent être portés devant la juridiction administrative (*cf.*, p. ex., art. 36 al. 1 LPers : « *Un recours peut être formé auprès du Tribunal administratif fédéral contre les décisions prises par l'employeur* »).

Malgré ces différences, on assiste, en Suisse, à un assouplissement du droit de la fonction publique, qui a tendance à se rapprocher progressivement du droit privé du travail (*infra*, VI., B.). La loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers) est, en effet, à maints égards, fortement inspirée du Code des obligations. Cette loi a succédé à l'ancien Statut des fonctionnaires de 1927, qui, pour sa part, était un pur régime de fonction publique.

---

[107] Ordonnance sur la retraite des membres des catégories particulières de personnel du 20 février 2013 (ORCPP), RS 172.220.111.35.

[108] *Cf.* TANQUEREL, pp. 58-61 : « *Il est admis de façon constante, tant par la jurisprudence que par la doctrine, que l'Etat doit respecter, dans la gestion de son personnel comme ailleurs, les principes et droits constitutionnels qui encadrent l'ensemble de son activité. Pour paraphraser une formule de Richli, l'Etat reste l'Etat, même lorsqu'il est également employeur. Cette obligation concerne aussi bien les libertés, comme par exemple la liberté d'expression, que les principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la bonne foi. Il en va de même du droit d'être entendu. […]. Il résulte de ce qui précède que la liberté contractuelle inhérente au droit privé sera limitée non seulement par les règles impératives de ce droit, mais aussi, pour l'Etat employeur, par l'obligation, aux conséquences pratiques significatives, de respecter les droits et principes constitutionnels. Les possibilités de diversifier les conditions d'emploi de cas en cas en seront limitées d'autant. Plus généralement, le corps de contraintes constitutionnelles qui s'impose à l'Etat employeur limite sa marge de manœuvre dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit régissant son personnel. Il constitue donc un facteur d'unification de ce droit. Dans ce contexte, l'égalité de traitement est naturellement le droit constitutionnel qui limite le plus les tendances à la diversification* ». *Cf.* aussi DONATSCH, §§ 18-19 ; SUBILIA-ROUGE, p. 290.

[109] *Cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, pp. 282-283.

e) Synthèse

En guise de synthèse, nous proposons un schéma qui rend compte des caractéristiques principales présentées par le droit privé du travail, le droit public de protection des travailleurs et le droit de la fonction publique.

Schéma 2 : Les principales caractéristiques du droit privé et public du travail et du droit de la fonction publique

Droit privé du travail	**Droit public de protection des travailleurs**	**Droit de la fonction publique**
- Régit les rapports juridiques entre particuliers - Principe de la liberté contractuelle, avec certaines restrictions ➔ Droit unifié : **art. 319-362 CO**	- Applicable dans les secteurs privé et public (sous réserve de certaines restrictions) - Droit impératif, qui poursuit le but de protéger les travailleurs contre les abus dont ils pourraient être victimes ➔ **Loi fédérale sur le travail (LTr)** ➔ Autres lois (loi sur le travail dans les entreprises de transport public, loi sur le travail à domicile, *etc.*)	- Régit les rapports juridiques entre l'Etat et son personnel - Régime rigide - Se décline en une multitude de réglementations : ➔ **Un statut fédéral (LPers)** ➔ **26 statuts cantonaux** ➔ **Pas moins de 3'000 statuts communaux**

2. Les normes attributives de compétences

Si la Constitution fédérale du 12 septembre 1848 (aCst. 1848) a institué l'Etat fédéral (*infra*, a), il faudra attendre l'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst. 1874) pour que celui-ci acquière des compétences législatives dans les domaines du droit privé et de la protection des travailleurs (*infra*, b). Le XX^{e} siècle a été le témoin d'un accroissement des compétences de la Confédération et, avec effet au 1er janvier 2000, l'ancienne Constitution de 1874 a été abrogée par la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; *infra*, c).

a) La Constitution fédérale du 12 septembre 1848

L'Etat fédéral, qui se définit comme « *un Etat souverain composé d'Etats qui ont cessé de l'être* »[110], est né le 12 septembre 1848, date à laquelle la première Constitution fédérale a été proclamée[111].

La Constitution de 1848 (aCst. 1848) symbolisait la « *naissance de la Suisse moderne* »[112], par la substitution d'un Etat fédéral (« *Bundestaat* ») à une Confédération d'Etats[113] ; l'Etat fédéral helvétique apparaît ainsi comme « *une création des cantons, qui lui ont préexisté, et qui en forment encore aujourd'hui les éléments constitutifs* »[114]. La Constitution de 1848 a institué l'Etat de droit (Etat « *fondé sur le droit* »[115], Etat « *soumis au droit* »[116] ; « *Rechtstaat* »)[117].

L'Etat fédéral mis en place en 1848 était cependant relativement peu centralisé. La Confédération ne pouvait légiférer que dans les domaines où la Constitution lui en réservait expressément et exhaustivement la compétence[118]. En particulier, le droit civil et la politique sociale ne figuraient pas au sein des attributions de l'Etat central ; grâce à leur compétence générale résiduelle (art. 3 aCst. 1848), les cantons étaient compétents pour

---

110 AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, Francke, Berne 1974, p. 81.

111 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848 (aCst. 1848), Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse, des lois fédérales, traités, décrets et arrêtés depuis l'introduction de la nouvelle Constitution fédérale du 12 septembre 1848, Tome I, pp. 3-34. Sur la Constitution fédérale de 1848 et sa genèse, *cf.* BIAUDET JEAN-CHARLES, Les origines de la Constitution fédérale de 1848, in : JEAN-CHARLES BIAUDET/MARCEL BRIDEL, Contributions à la Constitution fédérale de 1848, Librairie de l'Université, F. Rouge & C^ie S.A., Lausanne 1949, pp. 7-33 ; CURTI, pp. 158-198 ; RAPPARD WILLIAM EMMANUEL, La Constitution fédérale de la Suisse : 1848-1948 : ses origines, son élaboration, son évolution, Les Editions de la Baconnière, Neuchâtel 1948, pp. 17-105 et 132-269.

112 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 9.

113 Sur ce point, *cf.*, p. ex., GITERMANN VALENTIN, Geschichte der Schweiz, 3^e éd., Büchergilde Gutenberg, Zurich 1949, pp. 473-490 ; REYMOND MAXIME, Histoire de la Suisse des origines jusqu'à aujourd'hui : ses gloires, sa civilisation, tome III, Haeschel-Dufey, Lausanne 1933, pp. 295-351.

114 AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, 2^e éd., Staempfli, Berne 2013, pp. 15 et 324.

115 EICHHOLZER, Aperçu, p. 204.

116 BRIDEL, p. 66.

117 Sur la notion d'Etat de droit, qui qualifie un Etat « *caractérisé, d'une part, par la primauté du droit, le respect de la loi par tous les organes étatiques, la conformité de l'activité administrative et judiciaire au droit et, d'autre part, par la liberté du citoyen, par sa collaboration et sa responsabilité aux affaires de l'Etat* », *cf.* TSCHUDI, La Constitution sociale, pp. 91-96.

118 Tel était le cas notamment des relations diplomatiques, de la défense nationale, de l'unification de la monnaie, du monopole des postes, de l'instauration de douanes fédérales ou de la suppression des péages cantonaux.

édicter des lois en la matière[119]. Le rôle des cantons dans l'histoire du droit privé et public du travail mérite donc d'être souligné[120].

Si la Constitution de 1848 n'attribuait aucune compétence à la Confédération en matière de droit du travail, elle garantissait cependant différents droits fondamentaux, dont le droit d'association (art. 46 aCst. 1848) et les droits politiques (art. 42 aCst. 1848), qui ont constitué la « *base de départ* » du droit moderne du travail[121].

En outre, la Constitution de 1848 octroyait à la Confédération les compétences législatives nécessaires lui permettant, notamment, de créer des fonctions fédérales permanentes et de fixer les traitements des fonctionnaires fédéraux (art. 74 ch. 2 aCst. 1848 : relèvent, notamment, de la compétence du Conseil national et du Conseil des Etats : « *Le traitement et les indemnités des membres des autorités de la Confédération et de la Chancellerie fédérale ; la création de fonctions fédérales permanentes* »). En sa qualité d'employeur, la Confédération a donc bénéficié, dès l'origine, d'une compétence législative ; cette attribution était cependant fortement limitée puisqu'elle ne portait que sur les fonctions et traitements et ne s'étendait donc pas aux conditions de travail du personnel fédéral.

b) La Constitution fédérale du 29 mai 1874

La Constitution du 12 septembre 1848, qui ne conférait aucune compétence législative à l'Etat fédéral dans le domaine social, a été remplacée par une nouvelle Constitution, la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst. 1874)[122]. Celle-ci a notamment eu pour effet

---

[119] BÖHMERT, vol. I, p. 62 : « *Die schweizerische Bundesverfassung vom 12. September 1848 kennt keinen Unterschied zwischen Arbeitern und andern Bürgern und keine Separatgesetzgebung für einen sog. Arbeiterstand* » ; HOBI, p. 2 ; LEHNHERR, p. 13 ; MAURER, p. 541 ; TSCHUDI, Sozialstaat, p. 13 ; WEBER, p. 171. *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (887) : « *La première constitution fédérale de 1848 n'attribuait à la Confédération aucune compétence dans le domaine de la protection des travailleurs. Dans ces conditions, la possibilité s'offrit aux cantons sachant faire preuve d'initiative de s'engager sur un terrain nouveau et de recueillir des expériences dont purent bénéficier les autres cantons et, ultérieurement, la Confédération* ».

[120] WEIDMANN, p. 188 : « *Man darf […] ohne Uebertreibung behaupten, dass die fortschrittliche Entwicklung des Arbeitsrechts im öffentlich-rechtlichen und im privatrechtlichen Bereich ohne die Vorarbeit der Kantone kaum möglich gewesen wäre* ».

[121] EICHHOLZER, Aperçu, p. 204. *Cf.* aussi BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 83, pp. 52-53.

[122] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aCst. 1874), RO 1, p. 2. Concernant la Constitution de 1874, *cf.* CURTI, pp. 238-294. *Cf.* aussi AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Observations sur l'idée et sur le projet d'une nouvelle Constitution fédérale, Revue de droit suisse (RDS), 1978 I, pp. 239-251, p. 240 : « *La Constitution de 1874 n'a rien du départ à zéro, de la page qu'on tourne, de la feuille blanche qu'on remplit d'un langage nouveau. C'est bien plutôt le prolongement de l'ancienne Constitution, par l'adjonction d'idées qui s'y trouvaient en germes et qui avaient pris corps dès les années soixante* ».

d'accorder à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit ouvrier (réglementation du travail dans les fabriques ; art. 34 aCst. 1874 ; *infra*, aa). Le processus de socialisation du droit s'est poursuivi, puisque le 5 juillet 1908, un art. 34*ter*, qui étendait la compétence législative de la Confédération au domaine des arts et métiers, a été inséré dans la Constitution (*infra*, bb).

aa) Les compétences originelles

L'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 a représenté une étape décisive dans l'histoire du droit social étant donné que la Confédération a reçu la compétence de légiférer en matière de droit du travail (*cf.* art. 34 al. 1 aCst. 1874 : « *La Confédération a le droit de statuer des prescriptions uniformes sur le travail des enfants dans les fabriques, sur la durée du travail qui pourra y être imposée aux adultes, ainsi que sur la protection à accorder aux ouvriers contre l'exercice des industries insalubres et dangereuses* »)[123]. Il s'agissait de la première compétence législative de la Confédération dans le domaine social et c'est sur cette base qu'a été adoptée la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 (*infra*, IV., A., 2.)[124]. L'art. 34 al. 1 aCst. 1874 (ou « *Fabrikartikel* »[125]), qui relevait de la « *police administrative* » puisqu'il tendait « *essentiellement à la protection de la santé humaine contre les dangers* » qui la menaçaient[126], « *jetait les bases d'une législation de protection ouvrière* »[127].

Dans le domaine de la protection des travailleurs, la Confédération s'est également vu octroyer des compétences spécifiques. Ainsi, les art. 26 et 36 aCst. 1874 ont permis à la Confédération de légiférer en matière de protection des travailleurs occupés dans les chemins de fer (art. 26 aCst. 1874 : « *La législation sur la construction et l'exploitation des chemins de fer est du domaine de la Confédération* ») et dans les postes et télégraphes (art. 36 aCst. 1874 : « *Dans toute la Suisse, les postes et les télégraphes sont du domaine*

123 *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (887) : « *La révision constitutionnelle de 1874 marqua un changement décisif dans l'évolution de la protection des travailleurs en Suisse* ». Sur la genèse de l'art. 34 al. 1 aCst. 1874, cf. BURCKHARDT, Kommentar ad art. 34, pp. 319-320 ; DÄLLENBACH, pp. 145-147 ; GROBÉTY, pp. 161-166 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XXVI-XXX ; LECHNER, pp. 256-270 ; LEHNHERR, pp. 115-116 ; SCHIWOFF, pp. 33-36 ; SCHOLLENBERGER, ad art. 34 pp. 298-302 ; SIGG, pp. 27-34.

124 WEBER, p. 174. *Cf.* aussi TSCHUDI, La Constitution sociale, p. 15.

125 SCHOLLENBERGER, p. IX.

126 MAURER, p. 542.

127 BRIDEL, p. 53. *Cf.* aussi EICHHOLZER, Aperçu, p. 204 ; SCHIWOFF, p. 36 : « *Dieser in der Verfassung verankerte Artikel 34 darf wohl als "das" Fundament der eidgenössischen Arbeiterschutzgesetzgebung, als die rechtliche Prämisse aller weitern legislatorischen Bestrebungen insbesondere auf dem Gebiete der Fabrikgesetzgebung angesprochen werden* ».

fédéral »). L'art. 85 aCst. 1874 a, pour sa part, habilité la Confédération à légiférer sur les conditions de travail de son personnel.

L'art. 64 aCst. 1874, qui a conféré à la Confédération une compétence législative en matière de droit privé, doit également être mentionné ; cette disposition constitue en effet l'assise du Code des obligations et, partant, du droit privé du travail.

Comme c'est encore le cas actuellement, les cantons bénéficiaient d'une compétence générale résiduelle, qui leur permettait de légiférer dans les matières ne relevant pas de la compétence de la Confédération, ainsi que dans les domaines dans lesquels celle-ci n'avait pas effectivement fait usage de ses compétences (art. 3 aCst. 1874, art. 3 Cst.).

La Constitution de 1874 consacrait également expressément la liberté du commerce et de l'industrie (*cf.* art. 31 aCst. 1874)[128]. Tout comme sa prédécessrice, la Constitution de 1874 garantissait des droits et libertés fondamentaux, qui ont joué un rôle décisif dans l'évolution du droit du travail. En particulier, les droits politiques (art. 42 aCst. 1848, art. 43 aCst. 1874) ont permis aux ouvriers de tenir un rôle actif dans l'élaboration d'une législation ouvrière permettant de limiter les inconvénients et abus induits par la liberté du commerce et de l'industrie ; quant au droit d'association (art. 46 aCst. 1848, art. 56 aCst. 1874), il a constitué le prérequis nécessaire à la naissance du droit collectif du travail[129].

Les lignes qui précèdent nous enseignent que les règles constitutionnelles ont, dès l'origine, opéré une « *séparation très nette entre le droit public d'une part et le droit privé de l'autre* »[130] : alors que le droit privé du travail était (et est toujours) du ressort exclusif de la Confédération (art. 64 aCst. 1874, art. 122 al. 1 Cst.), le droit public reposait (et repose encore) sur du droit fédéral (art. 34 aCst. 1874 et art. 110 Cst., notamment) et cantonal (*cf.* art. 6 al. 1 CC : « *Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public* »).

---

[128] Si la Constitution fédérale de 1848 attribuait à la Confédération la compétence de supprimer les douanes intérieures (droits de péage, de transit et de douane, notamment ; *cf.* art. 24-28 aCst. 1848) et garantissait la liberté du commerce sur tout le territoire de la Confédération (droit de libre passage d'un Canton à l'autre ; *cf.* art. 29 aCst. 1848), elle ne contenait pas de disposition spécialement consacrée à la liberté du commerce et de l'industrie.

[129] TSCHUDI, Geschichte, pp. 28-29 : « *Rechtliche Voraussetzung für die Entstehung von Gewerkschaften und von Arbeitgeberverbänden ist die Koalitionfreiheit. Dieses Grundrecht bildet somit die Basis des kollektiven Arbeitsrechts* ».

[130] BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 282.

bb) L'attribution progressive de nouvelles compétences

Depuis son adoption, la Constitution fédérale de 1874 a fait l'objet de nombreux amendements.

Dans le domaine du droit du travail, il faut relever l'insertion, en date du 5 juillet 1908, d'un art. 34*ter*, qui autorisait la Confédération à « *statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers* »[131]. La compétence législative de la Confédération, jusqu'alors limitée aux seuls ouvriers des fabriques (*cf.* art. 34 al. 1 aCst. 1874 ; *supra*, aa)), se trouvait ainsi élargie aux travailleurs occupés dans le secteur des arts et métiers. L'art. 34*ter* aCst. 1874 a permis l'adoption de la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922[132]. Auparavant, la protection des travailleurs des arts et métiers relevait du droit cantonal, la législation fédérale sur le travail dans les fabriques (LFab 1877[133], puis LFab 1914/1919[134]) n'étant pas applicable à ce secteur.

Avec effet au 6 juillet 1947, l'art. 34*ter* aCst. 1874 a été modifié afin de conférer à la Confédération une compétence législative générale en matière de protection des employés et ouvriers (*cf.* art. 34*ter* al. 1 lit. a aCst. 1874 : « *La Confédération a le droit de légiférer sur la protection des employés ou ouvriers* »)[135]. Sur la base de cette disposition, la Confédération a pu adopter une loi générale de protection des travailleurs, la loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr).

---

131 Arrêté fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 5 juillet 1908 sur un complément de la Constitution fédérale en ce qui concerne le droit de légiférer en matière d'arts et métiers du 7 octobre 1908, RO 24 903 ; Arrêté fédéral complétant la Constitution fédérale en ce qui concerne le droit de légiférer en matière d'arts et métiers du 9 avril 1908, RO 24 903 (FF 1908 II 852). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le droit de légiférer en matière d'arts et métiers du 25 novembre 1892, FF 1892 V 721 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le droit de légiférer en matière d'arts et métiers du 3 novembre 1905, FF 1905 VI 26 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la votation populaire du 5 juillet 1908 du 31 juillet 1908, FF 1908 IV 733.

132 Loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922, RO 39 240 (FF 1922 I 653).

133 Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, RO 3 224.

134 Loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919, RO 30 539 et RO 35 798.

135 Arrêté fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 6 juillet 1947 sur la révision des articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique du 1er octobre 1947, RO 63 1047 ; Arrêté fédéral révisant les articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique du 4 avril 1946, FF 1946 I 889.

c) La Constitution fédérale du 18 avril 1999

Objet successif des art. 34 al. 1 et 34*ter* aCst. 1874, la législation protectrice des travailleurs trouve, de nos jours, son assise constitutionnelle aux art. 41 et 110 Cst. Alors que l'art. 41 Cst. énonce les buts sociaux que le législateur doit s'employer à réaliser, l'art. 110 Cst. habilite la Confédération à légiférer dans le domaine du travail, notamment en matière de protection des travailleurs (*cf.* art. 110 al. 1 lit. a Cst.).

Conformément à l'art. 122 al. 1 Cst. (art. 64 aCst. 1874), la législation en matière de droit civil relève actuellement toujours de la compétence exclusive de la Confédération ; cette disposition représente, notamment, le fondement du Code des obligations et, partant, du droit privé du travail. Les cantons ne peuvent légiférer dans le domaine du droit privé que lorsque le droit fédéral leur en attribue expressément la compétence[136].

L'art. 173 al. 2 Cst. confère, pour sa part, la compétence nécessaire permettant à la Confédération de légiférer au sujet des conditions de travail de son personnel.

Outre la liberté d'association (art. 23 Cst.), la Constitution garantit désormais également expressément la liberté syndicale, dont découle la liberté de conclure des conventions collectives[137], et régit la paix du travail et le droit de grève (art. 28 Cst.)[138]. La liberté économique, qui constitue, notamment, la base de la liberté contractuelle, figure, quant à elle à l'art. 27 Cst. (*cf.* art. 31 aCst. 1874).

III. Les origines et l'évolution du droit privé du travail

Les relations de travail entre particuliers sont régies, en première ligne, par un contrat, dont le contenu est fixé librement par les parties (*cf.* art. 19 al. 1 CO : « *L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi* ») et dont la conclusion intervient lorsque l'employé et l'employeur ont manifesté, réciproquement et d'une manière concordante, leur volonté de se lier (*cf.* art. 1, 2 et 320 al. 2 CO).

Si le droit privé érige la liberté contractuelle en un principe directeur quasi absolu, celui-ci a peu à peu été tempéré, en droit du travail, dès le milieu du XIX^{e} siècle. L'adoption de règles de droit public et l'insertion de normes impératives dans le droit privé, dans le but

---

136 *Cf.* BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 133, p. 68.

137 ANDERMATT, n° 14, pp. 12-13.

138 Sur la liberté syndicale, la paix du travail et le droit de grève, *cf.* ANDERMATT, pp. 3-52 ; KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, La liberté syndicale dans le contexte international, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 53-80.

d'assurer la protection des travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat, ont en effet permis de « *socialiser* » le droit privé. La réserve en faveur du droit public de protection des travailleurs (consacrée, successivement, par les art. 349 CO 1881, 362 aCO et 342 CO), puis, dès le 1er janvier 1972, l'octroi d'effets de droit privé aux dispositions qui imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail (art. 342 al. 2 CO), ont également joué un rôle important dans la « *socialisation* » du droit privé. Actuellement, il semble que le mouvement de « *socialisation* » cède le pas à un phénomène de « *publicisation* » du droit privé, qui se traduit, notamment, par l'application de principes inhérents au droit public dans les rapports de travail régis par le Code des obligations.

L'objet du présent Titre consiste à retracer l'évolution du droit privé du travail, de ses origines jusqu'à nos jours. Après avoir recherché les origines de ce droit (*infra*, A.), nous examinerons les phénomènes de « *socialisation* » (*infra*, B.) et de « *publicisation* » (*infra*, C.) qui le caractérisent. Nous aborderons également une tendance récente, qui se traduit par une sorte de retour en arrière en termes de protection et qui peut être qualifiée de mouvement de « *désocialisation* » du droit privé du travail (*infra*, D.).

A. Les origines du droit privé du travail

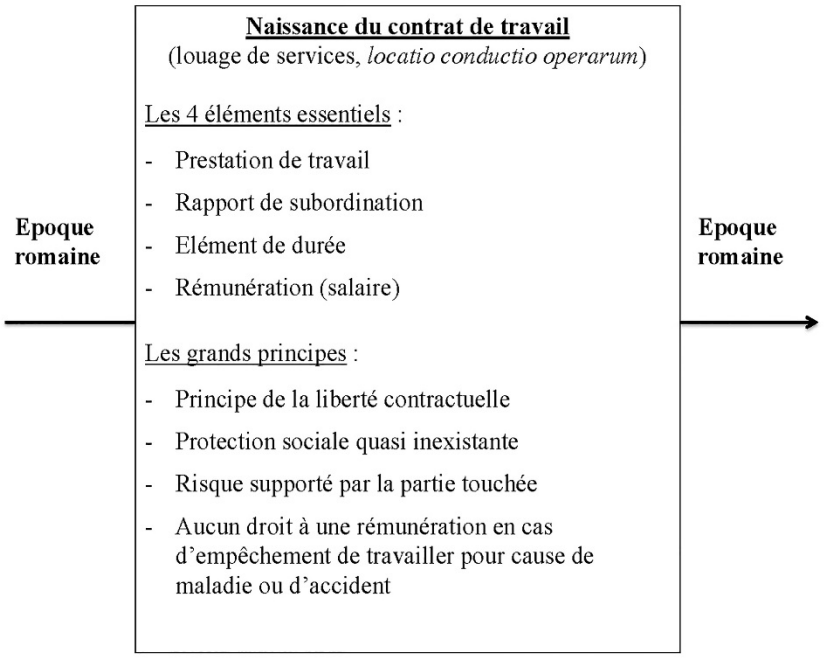
1. L'époque romaine

Le contrat de travail est une institution ancienne, qui remonte à l'époque romaine. En ce temps, le contrat de travail était connu sous la dénomination de contrat de louage de services (*locatio conductio operarum*). Le recours à ce contrat était toutefois peu fréquent, ce qui s'explique de différentes manières : en premier lieu, les rapports de travail étaient organisés principalement à l'intérieur de la famille et ne faisaient donc généralement pas l'objet d'un contrat ; deuxièmement, grand nombre de travaux étaient accomplis par des esclaves, c'est-à-dire par des objets que leur maître louait à des locataires par le biais d'un contrat de louage de choses (*locatio conductio rei*) ; troisièmement, fournir des services contre rémunération était considéré comme un processus indigne d'un homme libre, de sorte que les contrats de mandat (*mandatum*) ou de location d'ouvrage (*locatio conductio operis*) se rencontraient nettement plus fréquemment que le contrat de louage de services[139]. Bien que peu utilisée, la *locatio conductio operarum* a fortement influencé le droit moderne du travail, puisqu'elle reposait sur les quatre éléments essentiels qui forment, aujourd'hui encore, le contrat de travail au sens des art. 319 ss CO : une prestation

[139] DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 105. *Cf.* aussi PICHONNAZ, n° 2258, p. 493 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 1.

de travail, un rapport de subordination du travailleur à son employeur, un élément de durée, une rémunération (salaire)[140]. A l'époque romaine, le travailleur (*locator*, *mercennarius*) jouissait d'une protection sociale très faible, pour ne pas dire inexistante. En particulier, aucune règle ne consacrait le droit de l'employé empêché de travailler pour cause de maladie ou d'accident à une rémunération[141]. Le risque se déterminait en effet « *en fonction des sphères d'activité* » : si l'employeur « *supportait le risque lié à la force majeure* » (principe du *periculum conductoris*), lorsque « *l'accomplissement de l'activité n'était plus possible en raison d'un problème survenant dans la sphère d'influence de l'employé* », il appartenait alors à ce dernier de supporter « *la perte au-delà de sa faute* » (exception du *periculum locatoris*)[142].

Schéma 3 : Les éléments essentiels et caractéristiques du contrat de travail à l'époque romaine (*locatio conductio operarum*)



[140] DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, p. 106.
[141] DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, pp. 106-107.
[142] PICHONNAZ, n° 2261, p. 493.

2. Le Moyen Age

Plusieurs sources attestent qu'au Moyen Age, des personnes louaient leurs services contre rémunération[143]. Issu de la *locatio conductio operarum* romaine, le contrat de louage de services (« *Dienstvertrag* », « *Vermiethung der Dienste* », « *Arbeit* ») était soumis aux règles du droit commun[144] et ne faisait pas l'objet d'une réglementation complète et unifiée[145].

Les premières interventions étatiques dans les relations entre employeurs et travailleurs se sont manifestées relativement tôt ; elles poursuivaient principalement le but de réguler l'économie, en fixant des tarifs et des taxes[146]. La ville de Laufenburg, par exemple, a édicté en 1568 des règles sur les salaires des ouvriers à la journée et des coursiers (« *Lohnordnung für Taglöhner und Boten* ») ; la ville d'Estavayer a quant à elle adopté des tarifs pour les artisans et leurs employés en 1671 (« *Tarifordnung für Handwerker und ihre Angestellten* »)[147]. Des ordonnances ont également arrêté des salaires minima et interdit le paiement en marchandises (« *truck system* »), conférant ainsi un semblant de protection aux travailleurs. Tel a été le cas, notamment, des cantons de St-Gall et de Berne, dès la

---

143 *Cf.* CARLEN LOUIS, Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz, vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert, Revue de droit suisse (RDS), 1972, vol. I, pp. 233-260. *Cf.* aussi GREMAUD JEAN, Documents relatifs à l'histoire du Vallais, tome III (1300-1330), in : Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse romande, tome 31, Lausanne, G. Bridel 1878, n° 1488 (qui retranscrit un « *règlement de compte* » entre un seigneur d'Anniviers et une fille de chambre survenu en 1323) ; HUBER, p. 865 et nbp 19.

144 HUBER, pp. 865-866 : « *Das Mittelalter bediente sich zur Dienstleistung der Hörigen und Leibeigenen, und wenn es auch durchaus nicht an Beispielen fehlt, da Freie als Knecht oder Magd gegen Lohn in Vertragsverhältnis gestanden haben, so ist doch von der Ausbildung des Dienstvertrages als eines besondern Instituts kaum zu reden. Was alsdann die neueren Quellen über den Dienstvertrag sagen, ist dem gemeinen Rechte nachgebildet* ». *Cf.* aussi LEU HANS-JAKOB, Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht, darinn der XIII und Zugewanten löbl. Städt und Orten der Eydgenosschafft Stadt- und Land-Gesetze, vol. III, Heidegger, Zurich 1730, pp. 604-606, qui indique que le contrat de travail (« *Vermiethung der Dienste* ») qualifiait la location de services (« *da jemand dem anderen überhaupt seine Dienste vermiethet, wie die Knecht und Magd* »).

145 CARLEN, Zur Geschichte des Arbeitsrechts, pp. 237-238 : « *Die Quellen zeigen deutlich, dass es für die behandelte Zeit ein einheitliches und allgemeines Arbeitsrecht und Arbeitsvertragsrecht, das auf alle Arbeitgeber anzuwenden gewesen wäre, nicht gab. Dafür ist das mittelalterliche Recht zu zersplittert und vielfältig. Es ist eine Aufspaltung von Sonderrechten der einzelnen Berufsgruppen da* ».

146 Sur les différentes ordonnances adoptées par certains cantons et villes, dès le XVI[e] siècle, afin de réguler l'économie, *cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 72-73 ; EICHHOLZER, Aperçu, p. 200 ; GROBÉTY, pp. 25-30 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XV-XVIII ; LANDMANN, Geschichte, pp. 408-409 ; SCHREURS, pp. 66-68 ; SIGG, pp. 7-10 : ces ordonnances ne pouvaient pas être qualifiées de « *législation protectrice du travail* » au sens que cette expression a commencé à revêtir dès 1830.

147 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 72.

seconde moitié du XVI[e] siècle[148]. Dans le canton de Zurich, les Ordonnances fixant des salaires minima dans les industries textiles (industries de la soie, de la laine et de la gaze, notamment) adoptées en 1674, 1678, 1687, 1689, 1692 et 1705 ont été regroupées dans une ordonnance unique, l'« *Obrigkeitlich errichtete Fabrikordnung* » du 16 août 1717, qui a introduit un « *véritable tarif de salaires* » valable dans toutes les manufactures et interdit le « *truck system* » ; ce texte, qui a été révisé à deux reprises (en 1727 et 1766), est resté en vigueur jusqu'en 1798[149]. Dans le même ordre d'idées, les autorités bâloises ont adopté deux Ordonnances en 1738 (Ordonnances bâloises des 19 février et 23 juillet 1738) afin de lutter contre la crise qui frappait alors l'industrie rubanière. Ces Ordonnances arrêtaient des salaires minima pour l'industrie rubanière et prohibaient le paiement en marchandises ; après avoir fait l'objet d'une révision en 1753, elles sont demeurées en vigueur jusqu'à la chute de l'Ancienne Confédération en 1798. Certaines ordonnances ont aussi été adoptées, dès le XV[e] siècle, dans le dessein de protéger les prétentions salariales des travailleurs[150].

Dès la fin du XV[e] siècle, des règles ont été édictées dans le domaine de la cessation des rapports de travail, de même qu'au sujet de la protection matérielle à conférer aux travailleurs en cas de maladie ou lors du décès de l'employeur[151]. Ainsi, en 1491, certains droits locaux reconnaissaient l'obligation de l'employeur de verser une indemnité aux travailleurs qu'il avait licenciés sans raison valable[152]. En cas de décès de l'employeur, l'employé avait le droit de fournir sa prestation durant trente jours supplémentaires contre paiement de son plein salaire (« *Recht des Dreissigsten* ») ; ce droit trouvait cependant son fondement plus dans la nécessité d'assurer la paix des morts que dans la volonté de conférer une protection au travailleur[153]. Dans le canton de Bâle, deux ordonnance sur les valets (« *Basler Gesindeordnungen* ») de 1685 et 1755 disposaient qu'en cas de décès dans la famille, les domestiques devaient recevoir des vêtements de deuil et que ceux-ci devenaient leur propriété après trois mois[154]. Le canton de Schwyz a, pour sa part, déclaré, en 1730, que l'employeur devait soigner ses employés malades[155]. En 1769, le livre de la commune de Küssnacht (SZ) obligeait l'employeur à soigner ses valets et domestiques

148 Sur ce point, *cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 72-73 ; LANDMANN, Geschichte, p. 408.

149 SIGG, p. 9. *Cf.* aussi GNAEGI, p. 25 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XVI ; LANDMANN, Geschichte, pp. 408-409.

150 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 74-75.

151 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 73-74.

152 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 74.

153 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 74 : « *Die Ursprünge dieses Rechts sind allerdings nicht im Arbeiterschutz zu suchen, wenn auch teilweise im Laufe der Entwicklung eine solche Umwandlung stattfand, sondern in Totenbräuchen und in der Sicherung der Nachlass- und Totenruhe* ».

154 CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 70.

155 Sur ce point, *cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 71.

pendant dix jours, dans la mesure où ceux-ci étaient à son service depuis six mois au moins ; les frais médicaux étaient toutefois supportés par l'employé malade.

Aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, les contrats de travail ont commencé à contenir des prescriptions concernant le temps de travail des ouvriers occupés dans les manufactures et les fabriques ; la journée de travail était longue (12 heures de travail, en général) et aucune réduction n'était prévue en faveur des jeunes travailleurs ou des femmes[156]. Ce n'est en effet qu'au XIX^e^ siècle que des prescriptions de droit public ont commencé à être adoptées afin de limiter la durée de travail (*infra*, IV.).

Au Moyen Age, les litiges entre employés et employeurs étaient réglés à l'intérieur de la corporation ou, lorsque cela n'était pas possible, par un tribunal ordinaire ou un tribunal arbitral ; parallèlement à l'émergence des fabriques, au XVIII^e^ siècle, des commissions de fabriques ont été instituées et investies du pouvoir de connaître les litiges entre ouvriers et fabricants[157]. Il faudra attendre le XIX^e^ siècle pour que les litiges relevant du contrat de travail fassent l'objet d'une juridiction spéciale (juridiction prud'homale)[158].

3. La naissance de l'Etat fédéral et l'adoption du premier Code fédéral des obligations

En Suisse, après la naissance de l'Etat fédéral, intervenue en 1848, la moitié des cantons disposait de codes qui contenaient des normes de droit privé régissant les rapports de travail[159]. Ceux-ci étaient empreints du principe de la liberté contractuelle[160]. Si certaines

---

156 Sur ce point, *cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 75-76.

157 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 78-81.

158 *Cf.* CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 78. La législation cantonale a institué des tribunaux de prud'hommes et des offices de conciliation. *Cf.*, p. ex. : loi sur les conseils des Prud'hommes des 26 novembre 1888 et 25 novembre 1892 (VD) ; loi sur les conseils de prud'hommes du 24 août 1911 (avec modifications du 7 décembre 1920 et du 28 novembre 1922 ; VD) ; Gesetz betreffend die gewerblichen Schiedsgerichte vom 29. März 1897 (SG) ; Gesetz betreffend die Einzelrichter, Vermittlungsverfahren und gewerbliche Schiedsgerichte vom 29. April 1889 (BS) ; loi organique sur les Conseils de Prud'hommes du 12 mai 1897, modifiée par la loi du 27 juin 1922 et du 27 janvier 1923 (GE) ; loi sur les Conseils de prud'hommes du 23 novembre 1899 (NE). Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 622-633, 686-693, 723-734 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 298-302, 334-338, 367-378, 400-411 et 429-442.

159 Sur ce point, *cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 228-229. *Cf.* aussi RICHARD, Le contrat de travail, pp. 65-68 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 8-9.

160 TSCHUDI, Geschichte, p. 8 : « *Die kantonalen Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts bringen den Arbeitnehmern kaum Schutz, weil sie auf der römisch-rechtlichen Vertragsfreiheit beruhen, unabhängig davon, ob sie mehr dem Vorbild des Code Napoléon, des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs folgen oder ob sie unmittelbar auf gemeinrechtliche Lehren abstellen* ». *Cf.* aussi HUG, Das Kündigungsrecht, pp. 68-71.

réglementations cantonales énonçaient des normes « *favorisant les travailleurs* », il s'agissait de « *règles sporadiques* », qui ne faisaient pas partie d'un « *ensemble cohérent qui eût tenu compte de la situation réelle des travailleurs et de la disparité des forces entre travailleurs et employeurs* »[161].

Le premier Code fédéral des obligations a été adopté le 14 juin 1881[162], sur la base de l'art. 64 aCst. 1874 (actuel art. 122 Cst.[163]), disposition qui a attribué à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit privé. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1883 et a abrogé les codes de droit civil cantonaux qui lui ont préexisté[164]. Le titre onzième du Code des obligations de 1881 (art. 338-349 CO 1881) était consacré au contrat de « *louage de services* » (« *Dienstvertrag* »), soit, « *un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération* » (art. 338 al. 1 CO 1881)[165]. La réglementation du contrat de louage de services était relativement succincte. Seuls 12 articles étaient consacrés à ce contrat et le principe de la liberté contractuelle régnait en maître[166]. Peu nombreuses étaient en effet les dispositions impératives qui retiraient certains aspects des relations contractuelles à la libre appréciation des parties[167].

L'art. 341 CO 1881, qui réglementait le droit au salaire en cas d'empêchement non fautif de fournir les services promis, constituait l'une des rares prescriptions impératives[168]. A

---

161 BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 229.

162 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (CO 1881), RO 5 577 (FF 1881 III 73). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial du 27 novembre 1879, FF 1880 I 115.

163 Art. 122 al. 1 Cst. : « *La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération* ».

164 *Cf.* EICHHOLZER, Aperçu, p. 205.

165 Sur la notion de « *contrat de louage de services* », *cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 232-233.

166 FF 1967 II 249 (249-250) : « *Le principe directeur était la liberté des contrats, si bien que le titre ne comprenait que 12 articles (art. 338 à 349). La conclusion, l'objet et la fin du contrat étaient en principe laissés à la libre appréciation des parties* ». Sur ce point, *cf.* EICHHOLZER, Aperçu, p. 207 : « *Les douze articles que le législateur […] consacrait au contrat de louage de services illustraient les idées dominantes de l'époque, qui tendaient à réduire au minimum l'intervention du législateur et, partant, à obtenir que la réglementation des rapports de travail fût subordonnée en premier lieu à la volonté des contractants* » ; MAHON, La réglementation du travail, p. 16 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 24-25.

167 FF 1967 II 249 (297) : « *Le principe de la liberté des contrats (art. 19 CO) s'applique aux contrats régis par le code des obligations, ce qui signifie que les dispositions légales ne sont en principe pas de droit impératif. Cela vaut aussi pour le contrat de travail individuel* ». *Cf.* aussi HUG, Das Kündigungsrecht, pp. 71-72.

168 FF 1967 II 249 (250). *Cf.* aussi MAHON, La réglementation du travail, p. 16 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 24.

teneur de cette disposition, celui qui avait engagé ses services à long terme ne perdait pas ses droits à la rémunération lorsqu'il était empêché de s'acquitter de son obligation, sans sa faute, pendant un temps relativement court, pour cause de maladie, de service militaire ou d'une autre cause analogue (art. 341 al. 1 aCO) ; en cas de communauté domestique (c'est-à-dire lorsque « *celui qui a engagé ses services vit dans le ménage de son maître* »), l'art. 341 al. 2 aCO précisait que le maître était tenu de prendre en charge les soins et les secours médicaux nécessaires lorsque le locataire contractait une maladie passagère sans sa faute[169]. La portée qui a pu être celle de cette disposition doit toutefois être relativisée compte tenu de la liberté de résilier le contrat de travail qui prévalait à cette époque (l'art. 343 CO 1881 autorisait chacune des parties à renoncer au contrat en observant les délais fixés par la loi ou par l'usage ; en l'absence de tels délais, le contrat pouvait être résilié pour la fin de chacun des trimestres de l'année civile, moyennant un congé donné au moins 6 semaines à l'avance) ; de surcroît, l'art. 346 aCO permettait à l'employeur de résilier le contrat de louage de services, avec effets immédiats, en cas de maladie prolongée du locataire. L'art. 345 aCO, qui habilitait les parties à résilier un contrat conclu pour la vie, moyennant le respect d'un délai de 6 mois, de même que l'art. 346 aCO, qui régissait la résiliation immédiate pour de justes motifs, constituaient également des dispositions impératives[170].

Malgré le peu de dispositions de droit strict, le Code de 1881 « *contenait déjà en puissance certaines règles qui, devant être développées par la suite, prenaient en considération le caractère "social" du contrat* »[171]. Tel était le cas, par exemple, de l'art. 341 CO 1881, qui régissait l'obligation du maître de verser son salaire au locataire empêché de fournir ses services sans faute de sa part, ou de l'art. 338 al. 2 CO 1881, qui prévoyait que même à défaut d'une stipulation expresse en ce sens, une rémunération était due par celui qui s'était fait promettre les services, lorsque, eu égard aux circonstances, il ne pouvait les supposer gratuits.

Nous noterons encore que l'adoption du Code des obligations n'avait pas pour but d'abroger les règles de droit public préexistantes : alors que l'art. 349 ch. 1 CO 1881 réservait expressément le droit public de la Confédération et des cantons relatif aux employés et fonctionnaires publics, l'art. 349 ch. 2 CO 1881 en faisait de même concernant

---

169 L'art. 341 CO 1881 est l'ancêtre des actuels art. 324*a*-*b* et 328*a* CO. Pour un commentaire de l'art. 341 CO 1881, *cf.*, p. ex., HAFNER HEINRICH, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Anmerkungen und Sachregister, tome I, 2e éd., Orell Füssli, Zurich 1896, *ad* art. 341, pp. 178-179 ; REINERT PAUL, Der Entgelt im Arbeitsvertrag der Handelsangestellten, Aschmann & Scheller, Zurich 1911, pp. 41-50 ; RICHARD, Le contrat de travail, pp. 254-272 ; SCHNEIDER ALBERT/FICK HEINRICH, Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zurich 1893, *ad* art. 341, pp. 468-470.

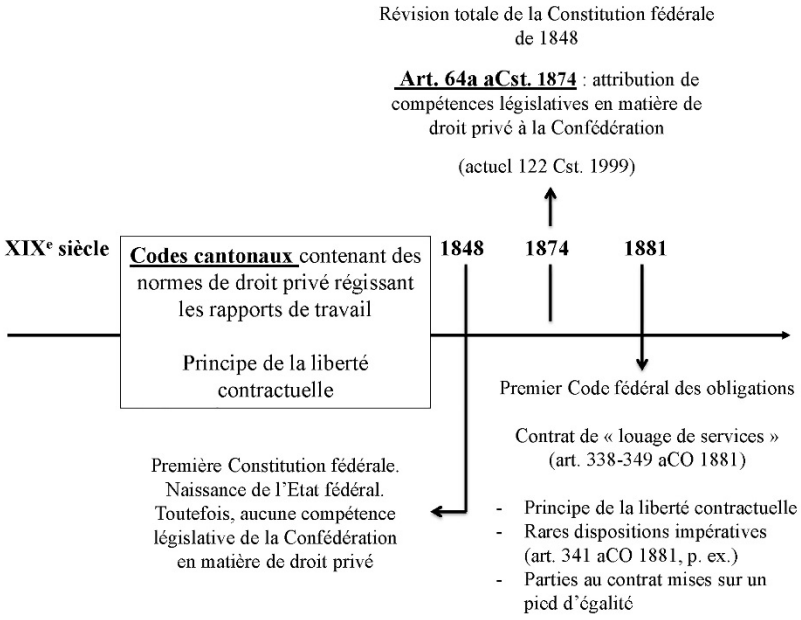
170 BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 232.

171 BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 232.

la législation fédérale sur le travail dans les fabriques (*infra*, B., 1.). Par l'adoption de cette disposition, qui est l'ancêtre de l'actuel art. 342 CO, il s'agissait de régler les rapports entre les droits privé et public du travail, en rappelant que le principe général veut que « *le droit privé cède le pas là où le droit public est applicable* »[172].

Si la protection offerte par le CO 1881 était nettement moindre en comparaison à celle qui découlait de la législation fédérale sur le travail dans les fabriques (la première loi fédérale sur les fabriques avait été adoptée en 1877 ; *infra*, IV.), le Code présentait toutefois l'avantage de s'adresser à tous les travailleurs dépendants, et non uniquement aux ouvriers des fabriques[173].

Schéma 4 : Les Codes cantonaux de droit privé, la naissance de l'Etat fédéral et l'adoption du premier Code fédéral des obligations



172 MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Commentaire de l'art. 342, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 880-895, n° 1, p. 881.

173 TSCHUDI, Geschichte, p. 24.

B. Le phénomène de « *socialisation* » du droit privé du travail

Dès le XIX[e] siècle, l'Etat a tenté d'atténuer l'application des principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle dans les relations entre employeurs et travailleurs[174]. En réponse à la Révolution industrielle et aux abus qui en ont découlé, l'Etat a légiféré afin de protéger les travailleurs. Il s'est agi de restreindre la liberté des uns (celle des employeurs) afin de garantir l'effectivité de celle des autres membres de la communauté (celle des travailleurs)[175]. Le processus de « *socialisation* » du droit privé s'est déroulé en trois étapes principales : lors de l'adoption du Code des obligations de 1881, le législateur a introduit une réserve en faveur des règles de droit public de protection des travailleurs préexistantes (art. 349 aCO 1881 ; *infra*, 1.) ; des règles impératives ou semi-impératives ont ensuite été insérées, dès 1911, dans la réglementation du contrat de travail, afin de protéger les travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat (*infra*, 2.) ; finalement, à l'occasion de la révision totale de la réglementation du contrat de travail, en 1971, des effets de droit privé ont été reconnus aux règles de droit public de protection des travailleurs (*infra*, 3.)[176].

---

174 MAHON, La réglementation du travail, p. 7 : « *Soumis en règle générale à un contrat, et par conséquent aux principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, les relations entre employeurs et travailleurs ont été peu à peu envahies par des règles plus ou moins contraignantes* ». *Cf.* aussi SCHÖNENBERGER, pp. 8-10.

175 *Cf.* HUG, Das Kündigungsrecht, pp. 134-135 : « *Darin offenbart sich die Tendenz einer fortschreitenden Zurückdrängung der individualistischen Interessen des Einzelnen zu Gunsten der Gesamtheit. Das soziale Interesse verlangt auch in den Beziehungen der Einzelnen Berücksichtigung, die Gemeinschaft verlangt Anerkennung. Sie muss, damit sie bestehen und ihre Zwecke erfüllen kann, verlangen, dass sie durch das Verhalten einzelner Rechtsgenossen nicht benachteiligt wird. Sie muss aber ferner verlangen, dass die privatrechtliche Freiheit nicht zu einer Unterdrückung und Vernichtung der wirtschaftlich schwachen Rechtsgenossen führt. Gerade um der Entfaltung der Persönlichkeit aller Einzelnen willen, gerade weil jeder als grundsätzlich gleichberechtigte Persönlichkeit erscheint und diese im andern anerkennen soll, ist es geboten, der Freiheit des Einzelnen diejenigen Schranken zu setzen, welche die Freiheit der Andern erfordert, die mit ihm in der gleichen Rechtsgemeinschaft leben, ist es geboten, die Übermacht des Starken zu beschränken und den Schwachen zu schützen und diesen Schutz so zu gestalten, dass sein Menschentum zur Entwicklung gelangen kann. So kündigt sich in diesem Abbau privatrechtlicher Bewegungsfreiheit, in dieser antiindividualistischen Tendenz, in dieser Sozialisierung des Privatrechts, […]* ».

176 MAHON, La réglementation du travail, p. 7 : « *[…], l'Etat est intervenu en vue de protéger les travailleurs. Cette intervention s'est opérée sur deux plans. Dans un premier temps, elle s'est manifestée par l'établissement de prescriptions de droit public destinées essentiellement à protéger la santé des travailleurs. Ce souci de protection s'est étendu par la suite au domaine du droit privé : l'Etat s'est efforcé, par l'adoption de règles impératives quant au contenu du contrat de travail,*

1. La réserve consacrée par le droit privé en faveur du droit public de protection des travailleurs

Lors de l'adoption du CO de 1881, un art. 349 a été inséré afin de réserver le droit public préexistant. La réserve concernait aussi bien la législation fédérale sur le travail dans les fabriques, que le droit public de la Confédération et des cantons relatif aux employés et fonctionnaires publics (*cf.* art. 349 CO 1881 : les règles du Code des obligations « *ne dérogent pas : 1° au droit public de la Confédération et des cantons, en ce qui concerne, les employés et fonctionnaires publics ; 2° à la législation fédérale sur le travail dans les fabriques* »).

Le CO de 1881 n'avait donc pas pour but d'abroger la loi fédérale sur les fabriques de 1877. Celle-ci devait en effet continuer à s'appliquer, en tant que loi spéciale, dans les relations entre maîtres et ouvriers de fabriques.

La réserve en faveur du droit public, qui a été l'objet successif des art. 349 CO 1881 et 362 aCO[177], est actuellement consacrée par l'art. 342 al. 1 CO (« *Sont réservées : a. les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public, sauf en ce qui concerne les art. 331, al. 5, et 331*a *à 331*e *; b. les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle* »).

L'art. 342 al. 1 CO constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 6 al. 1 CC, qui consacre une réserve en faveur du droit public cantonal (« *Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public* »)[178]. Toutefois, « *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* »[179]. Cette

---

d'empêcher les abus pouvant résulter, pour la partie "faible" de ce contrat, de la liberté contractuelle ».

177 Art. 362 aCO : « *Le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les employés et fonctionnaires publics (al. 1). Est également réservée la législation fédérale concernant le travail dans les fabriques et les arts et métiers (al. 2)* ». Bien que l'art. 362 al. 2 aCO ne mentionnat que la législation fédérale dans les fabriques et les arts et métiers, la législation cantonale en la matière tombait également sous le coup de la réserve, en vertu de l'art. 6 al. 1 CC (« *Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public* »). Sur ce point, cf. FF 1905 II 1 (35) : « *[…] ; les lois cantonales de protection ouvrière sont comprises dans la réserve générale faite pour le droit public des cantons* » ; celles-ci sont en effet édictées l'intérêt général.

178 MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Commentaire de l'art. 342, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 880-895, n° 5, p. 883.

179 ATF 63 I 16, c. 7. *Cf.* aussi ATF 58 I 26, c. 2 : « *Die Kantone können […] vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, die einen privatrechtlichen*

restriction se justifie dans la mesure où « *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* » ; autrement dit, « *le droit civil fédéral contient du droit public qui prime le droit public cantonal* »[180]. Il en découle que malgré la réserve du droit privé fédéral en faveur du droit public cantonal (*cf.* art. 342 al. 1 CO, art. 6 al. 1 CC), « *Le pouvoir du législateur cantonal est […] restreint tant par le droit privé que par le droit public fédéral* »[181]. Au vu de la densité de la législation fédérale de droit public de protection des travailleurs, l'importance de la réserve exprimée par l'art. 342 al. 1 lit. b CO en faveur des dispositions de droit cantonal sur le travail et la formation professionnelle doit être relativisée ; en particulier, depuis l'adoption de la LTr, les cantons ne disposent plus que de rares compétences en matière de protection des travailleurs[182].

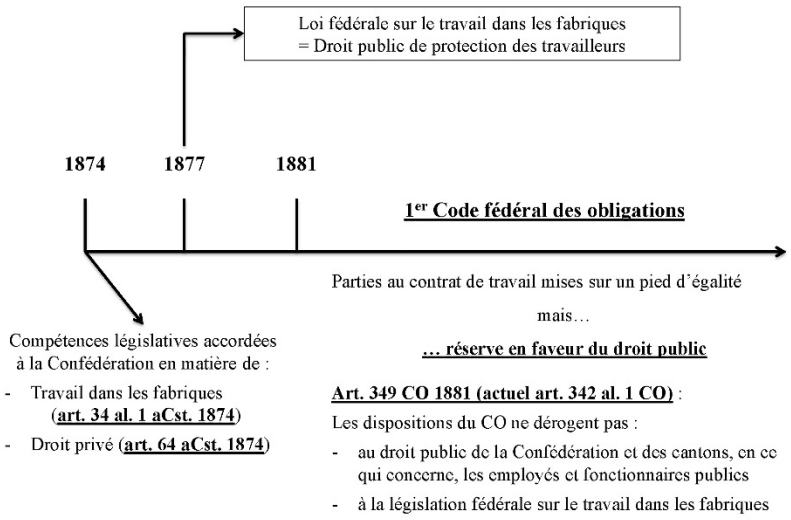
Vertrag, speziell einen Dienstvertrag mit einander abgeschlossen haben, nur insoweit ordnen, als das eidgenössische Zivilrecht mit seinen Normen nicht selbst bestimmt, ob und wieweit die öffentlichen Interessen des Gemeindewesens Rechtsschutz verdienen ».

180 ATF 63 I 16, c. 7.

181 ATF 63 I 16, c. 7. *Cf.* aussi TF, arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, c. 2.1 : « *En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 Cst., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation […]. Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit ; de telles règles, que les cantons peuvent édicter en vertu de l'art. 6 CC, ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral […]. L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral […]. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci […]* ».

182 *Cf.* MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Commentaire de l'art. 342, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 880-895, n° 17, p. 891 : « *Les cantons, voire les communes, peuvent également prendre des mesures législatives en matière de travail et de formation professionnelle, puisque la Confédération ne dispose en la matière que de compétences concurrentes (cf. p.ex. art. 110 Cst.). Cependant, la législation fédérale est si dense, notamment s'agissant de la protection des travailleurs, qu'il ne leur reste plus guère de place qu'en matière de réglementation de police visant la préservation de la tranquillité et la moralité publiques, les prescriptions correspondantes protégeant peut-être aussi les travailleurs, mais indirectement seulement (p.ex. ouverture des magasins, âge minimal pour le personnel d'établissement public,*

Schéma 5 : La réserve du Code des obligations de 1881 en faveur du droit public



2. L'insertion de règles impératives dans le droit du contrat de travail

Le processus de « *socialisation* » du droit privé s'est également manifesté par l'insertion de normes impératives ou semi-impératives dans la réglementation du contrat de travail, afin de protéger les travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat. Ces normes ont restreint la liberté contractuelle, « *en soustrayant la solution de certains problèmes à la volonté des parties* »[183].

Lors de l'adoption du Code des obligations de 1911, le législateur a reconnu l'inégalité de fait entre les parties et a tenté d'y remédier en incluant des dispositions impératives dans la réglementation du contrat de travail (*infra*, a). Les révisions du droit du contrat de travail de 1971 et 1988 ont permis de renforcer encore la protection des travailleurs, grâce à l'introduction de règles impératives ou semi-impératives, en matière de licenciement notamment (*infra*, b). La fixation du salaire, en revanche, relève toujours de la liberté

etc.) ». *Cf.* également, pour des exemples, TF, arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010 ; ATF 133 I 110, c. 4 ; ATF 130 I 279.

183 MAHON, La réglementation du travail, p. 16. *Cf.* aussi BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 284.

contractuelle puisqu'il n'existe, actuellement, aucune norme qui obligerait l'employeur à garantir un salaire minimum à ses travailleurs[184].

a) Le Code des obligations du 30 mars 1911

Suite à la révision de l'art. 64 aCst. 1874, intervenue le 13 novembre 1898[185], qui a eu pour conséquence d'élargir les compétences législatives de la Confédération à toutes les matières du droit civil (dans ce domaine, la compétence législative de la Confédération était jusqu'alors limitée au droit des obligations et aux transactions mobilières), le Conseil fédéral a élaboré, en 1904, un projet de Code civil qui devait être accompagné d'un projet de révision du Code des obligations de 1881[186]. Le Code civil a été adopté par le Parlement le 10 décembre 1907[187] ; le Code des obligations l'a été à son tour le 30 mars 1911[188]. Ils sont tous deux entrés en vigueur le 1er janvier 1912 et ont symbolisé le début de la codification du droit privé par la Confédération, rendant caduques les lois cantonales qui régissaient jusqu'alors ces domaines[189].

Le Code des obligations du 30 mars 1911 a abrogé le Code des obligations du 14 juin 1881 (*supra*, A., 3.) et marqué la naissance du contrat de travail (*cf.* art. 319 al. 1 CO : « *Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire* ») ; avant cette date, le lien qui unissait le travailleur à son employeur était

184 Des salaires minima peuvent toutefois être arrêtés par le biais de conventions collectives de travail ou de contrats-types de travail (*cf.* art. 360*a-f* CO). Sur ce point, *cf.* également la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, pp. 281-282.

185 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la Constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit du 28 novembre 1896, FF 1896 IV 574 ; Arrêté fédéral du 30 juin 1898 révisant l'article 64 de la Constitution fédérale, FF 1898 III 570 ; Arrêté fédéral relatif à la votation populaire du 13 novembre 1898 sur la révision de l'article 64 de la Constitution fédérale (unification du droit) du 21 décembre 1898, RO 16 824.

186 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904, FF 1904 IV 1.

187 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210 (RO 24 245, FF 1907 VI 429).

188 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220 (RO 27 321 ; FF 1911 II 1). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, FF 1905 II 1 ; Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code des obligations (Supplément au message du 3 mars 1905) du 1er juin 1909, FF 1909 III 747.

189 MAURER, p. 564.

désigné sous la dénomination de « *contrat de louage de services* » (*cf.* art. 338-349 CO 1881)[190].

Le Titre consacré au contrat de travail a été considérablement développé (le nombre de dispositions consacrées à cette éventualité est passé de 12 à 44 ; *cf.* art. 319-362 CO) et « *complètement transformé* » puisqu'aucun article du Titre onzième du Code des obligations de 1881 n'a conservé sa teneur d'origine[191]. Bien que le principe de la liberté contractuelle ait été maintenu (*cf.* art. 326 aCO : « *Les conditions du contrat de travail peuvent être fixées librement, pourvu qu'elles ne soient contraires ni à la loi ni aux mœurs* »), le Code de 1911 a introduit un nombre plus conséquent de normes impératives destinées à renforcer la protection du travailleur, partie faible au contrat de travail[192]. La « *préoccupation principale* » de la révision des dispositions consacrées au contrat de travail résidait en effet dans la « *protection du travailleur, qui se trouve dans une situation de dépendance économique et juridique par rapport à l'employeur* »[193]. La nouvelle réglementation du contrat de travail a ainsi apporté « *une modification de l'esprit du droit privé* » : alors que sous l'empire du Code des obligations de 1881, les parties au contrat de travail étaient mises sur un pied d'égalité, le Code de 1911 « *reconnaissait l'inégalité de fait des parties et tentait d'y remédier par le biais de règles protégeant la partie faible* » ; en d'autres termes, le droit privé se « *socialisait* » et perdait « *sa "neutralité"* » (phénomène de « *socialisation* » du droit privé)[194].

A l'origine, le Code des obligations de 1911 n'indiquait que « *très rarement* » si une disposition revêtait un caractère impératif ou dispositif[195] ; ce n'est en effet qu'à l'occasion de la révision totale du Titre consacré au contrat de travail, approuvée par les Chambres

---

190 Selon BERENSTEIN, le changement de dénomination (c'est-à-dire, la substitution de la notion de « *contrat de travail* » à celle de « *contrat de louage de services* ») « *démontrait bien que l'on ne pouvait plus considérer le contrat de travail comme permettant à l'employeur d'avoir la possession de la force de travail du travailleur, comme pourrait le faire un locataire ayant la maîtrise de l'objet loué* » (BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 236-237). Sur les notions de « *contrat de travail* » et de « *contrat de louage de services* », *cf.* aussi RICHARD, Le contrat de travail, pp. 31-103.

191 FF 1967 II 249 (250).

192 FF 1967 II 249 (250). *Cf.* aussi FF 1905 II 1 (5 et 27) : le contrat de louage de services était « *réglé de façon trop sommaire* » dans le CO 1881. *Cf.* également TSCHUDI, Geschichte, p. 26.

193 MAHON, La réglementation du travail, p. 17.

194 MAHON, La réglementation du travail, p. 17. *Cf.* aussi HUG, Das Kündigungsrecht, pp. 83-88 ; MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 11 ; RICHARD, Le contrat de travail, pp. 344, 347 et 352-353 : les Codes des obligations de 1881 et 1911 ont un « *aspect profondément différent* » : le législateur de 1911 « *s'est inspiré des idées actuelles de protection ouvrière et leur a fait une large place et de copieux emprunts* » ; l'évolution du contrat de travail s'est opérée « *dans le sens d'un accroissement des droits des employés et d'un affaiblissement de la liberté des conventions particulières* », de sorte que l'on peut parler de « *l'éclosion d'un droit social et étatiste* ».

195 MAHON, La réglementation du travail, p. 17.

fédérales le 25 juin 1971, qu'une liste des dispositions impératives et semi-impératives a été insérée (*cf.* art. 361-362 CO). Malgré l'absence de mention expresse dans le Code, doctrine et jurisprudence n'ont pas tardé à admettre que la plupart des dispositions protectrices du travailleur étaient des normes auxquelles il ne pouvait être dérogé qu'en faveur de l'employé (droit semi-impératif) ; par ce procédé, il s'agissait « *d'assurer une protection efficace* » aux travailleurs[196]. Ont ainsi été considérés comme du droit strict, notamment, les art. 333 (délai pour payer les salaires), 334 (avances de salaire), 335 (droit au salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler)[197], 336 (droit à un supplément de salaire en cas de surcroît de travail), 339 (obligation de l'employeur d'assurer la sécurité), 341 (droit aux heures et jours de repos usuels) et 342 aCO (droit d'obtenir un certificat de travail).

Un caractère impératif a également été reconnu à des dispositions qui tendaient aussi bien à la protection de l'employé qu'à celle de l'employeur. Tel était le cas, par exemple, de l'art. 348 al. 2 aCO, qui fixait un délai de congé minimal à respecter pour mettre fin à des rapports de travail ayant duré une année ou plus, et de l'art. 352 aCO, qui autorisait les parties à se départir d'un contrat de travail avec effet immédiat et sans avertissement préalable en présence de justes motifs[198]. L'art. 347 al. 2-3 aCO, qui prohibait les délais de congé de durée inégale (*cf.* art. 347 al. 3 aCO : « *Les délais conventionnels de congé ne peuvent être différents pour les deux parties* »), a, pour sa part, été interprété comme une

---

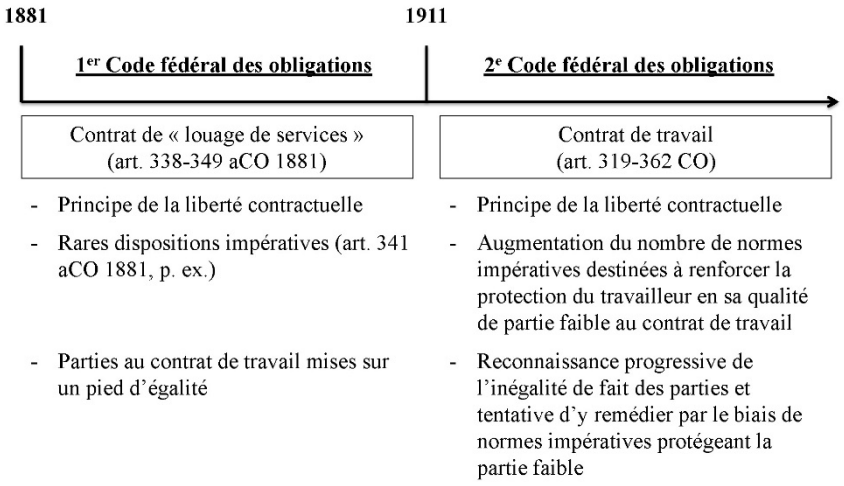
196 BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 238. *Cf.* aussi BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 284 ; MAHON, La réglementation du travail, pp. 17 et 26 ; RICHARD, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, pp. 110-115.

197 L'art. 335 aCO, qui a succédé à l'art. 341 al. 1 CO 1881 (*supra,* A., 3.), a régi les droits et obligations des parties en cas d'empêchement non fautif de travailler de l'employé pendant près de 60 ans (du 1er janvier 1912 au 31 décembre 1971) ; à compter du 1er janvier 1972, il a été remplacé par les art. 324*a-b* CO. A teneur de l'art. 335 aCO, « *dans les contrats de travail conclus à long terme* », l'employé ne perdait pas son droit au salaire « *pour un temps relativement court* », lorsqu'il était « *empêché de travailler, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale, ou pour telle autre cause analogue* ». Conformément à l'art. 130 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (LAMA ; RO 28 351), lorsque l'employé était assuré auprès d'une caisse-maladie pour une indemnité journalière et que l'employeur en supportait au moins la moitié des primes, l'indemnité journalière servie par l'assurance devait être déduite du salaire dû par l'employeur conformément à l'art. 335 aCO. L'art. 344 aCO dédié aux travailleurs vivant dans le ménage de leur employeur a, quant à lui, remplacé l'art. 341 al. 2 CO 1881. A teneur de l'art. 344 al. 2 aCO, l'employeur était tenu de « *pourvoir à l'entretien, aux soins et aux secours médicaux nécessaires* » lorsque l'employé était « *empêché, par la maladie et sans sa faute, de faire son travail pendant un temps relativement court* ». Avec effet au 1er janvier 1972, cette disposition a été remplacée par l'actuel art. 328*a* CO. Pour un commentaire de l'art. 335 aCO, *cf.* RICHARD, Le contrat de travail, pp. 254-272.

198 *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 238 ; BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, pp. 284-285.

disposition semi-impérative, à laquelle il ne pouvait être dérogé qu'en faveur du travailleur[199].

Schéma 6 : Tableau comparatif des Codes des obligations de 1881 et 1911



b) Les différentes révisions du Code des obligations

Depuis leur entrée en vigueur le 1er janvier 1912, les art. 319-362 CO ont fait l'objet de deux grandes révisions : la première, qui a été adoptée par le Parlement le 25 juin 1971, a notamment permis d'améliorer la protection lors de la cessation des relations de travail, de codifier le droit du contrat de travail en une loi unique, et d'indiquer expressément, au moyen d'une liste (*cf.* art. 361-362 CO), quelles sont les dispositions relativement et absolument impératives (*infra*, aa) ; la seconde, qui date du 18 mars 1988, était pour sa part centrée sur la protection des travailleurs contre les congés (*infra*, bb).

aa) La révision du 25 juin 1971

Une révision totale du droit du contrat de travail a été entreprise dans les années 1960[200]. La loi fédérale révisant les Titres X et X*bis* du CO, qui a été adoptée par les Chambres fédérales le 25 juin 1971 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1972[201], « *a mis en place le*

---

199 *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 238.

200 Sur les différentes révisions partielles intervenues avant 1971, *cf.* MAHON, L'évolution récente du droit du travail, pp. 11-12 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 61-64.

201 Loi fédérale révisant les Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 juin 1971, RO 1971 1461 (FF 1971 I 1449). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la

régime qui, pour l'essentiel, nous régit encore aujourd'hui »[202]. La révision poursuivait, notamment, le but d'adapter le droit du travail aux changements économiques et sociaux intervenus depuis 1911[203]. En effet, si la situation des travailleurs s'était nettement améliorée suite à la forte croissance de l'économie et au plein emploi, la transformation de l'organisation et des méthodes de travail (développement de la technique, mécanisation, spécialisation et rationalisation) avaient en revanche accru la dépendance du salarié aux « *ordres et instructions de l'employeur pour l'exécution de son travail dans le temps prescrit* »[204]. En outre, il convenait également de protéger les employeurs qui, en période de plein emploi et de suremploi, éprouvaient des difficultés à recruter la main-d'œuvre dont ils avaient besoin[205]. La révision devait donc permettre de renforcer la protection de la santé et de la personnalité du travailleur, en tant que partie faible au contrat de travail (*infra*, aaa), tout en tenant compte de la nécessité de protéger également l'employeur (*infra*, bbb)[206]. La révision poursuivait, en outre, le but de codifier le droit privé (*infra*, ccc).

Dans le dessein d'assurer la sécurité du droit, la révision de 1971 a introduit une liste des dispositions relativement et absolument impératives (*cf.* art. 361-362 CO)[207]. Les dispositions absolument impératives, qui sont répertoriées à l'art. 361 CO, ne souffrent aucune dérogation (*cf.* art. 361 al. 1 CO : « *Il ne peut être dérogé aux dispositions ci-après*

---

révision des Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249 ; Projet de loi fédérale révisant les Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations (Du contrat de travail), FF 1967 II 441.

202 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 11.

203 Sur la nécessité de réviser les art. 319 ss CO afin de les adapter aux nouvelles conditions économiques et sociales, *cf.* FF 1967 II 249 (281-283). *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, pp. 66-67.

204 FF 1967 II 249 (282).

205 FF 1967 II 249 (282) : « *[…] ce n'est plus le salarié qui doit s'efforcer de trouver une place mais l'employeur qui est contraint de rechercher de la main-d'œuvre* ». *Cf.* aussi BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse, pp. 84-85 : « *Mais une autre caractéristique essentielle de la nouvelle réglementation consiste dans la protection que, pour la première fois, la loi a entendu accorder à l'employeur. Alors que, jusqu'ici, le législateur s'était préoccupé avant tout de protéger le travailleur et que les dispositions impératives de la loi étaient destinées à cette fin, le Conseil fédéral, suivi par le Parlement, a estimé que l'employeur avait, lui aussi, besoin de la protection légale* ».

206 FF 1967 II 249 (284) : la révision doit « *créer un régime répondant équitablement aux intérêts des deux parties* ».

207 FF 1967 II 249 (297-298) : « *Le principe de la liberté des contrats (art. 19 CO) s'applique aux contrats régis par le code des obligations, ce qui signifie que les dispositions légales ne sont en principe pas de droit impératif. Cela vaut aussi pour le contrat de travail individuel […]. Le principe de la liberté des contrats ne s'oppose cependant pas à ce que le législateur établisse des règles de droit strict, ne dépendant pas de la volonté des parties (art. 19, 2e al.). […]. Lors de la revision des dispositions sur le contrat de travail, la sécurité du droit commande qu'on établisse exactement quelles sont celles de ces dispositions qui sont impératives et celles qui ne le sont pas* ».

par accord, contrat-type de travail ou convention collective, ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur ») ; tout accord ou disposition de contrats-types de travail et de conventions collectives dérogatoire est frappé de nullité (*cf.* art. 361 al. 2 CO). Les dispositions absolument impératives ont été introduites afin de garantir une protection aux employeurs[208]. Il s'agit d'une nouveauté, puisqu'à l'origine, les dispositions impératives du Code des obligations avaient été interprétées par la jurisprudence comme étant, en réalité, des normes relativement impératives, soit, des normes auxquelles il ne pouvait être dérogé qu'en faveur du travailleur[209]. Les dispositions relativement impératives, qui font l'objet de l'art. 362 CO, tendent à assurer un standard minimal de protection aux travailleurs ; des dérogations en leur faveur sont donc admissibles (*cf.* art. 362 al. 2 CO : « *Les accords et les dispositions de contrats-types de travail et de conventions collectives qui dérogent aux dispositions susdites au détriment du travailleur, sont nuls* »).

aaa) L'amélioration de la protection des travailleurs

La révision du 25 juin 1971 a amélioré la protection du travailleur à différents égards. Le travailleur a, par exemple, acquis un droit à une indemnité à raison de longs rapports de travail (*cf.* art. 339*b-d* CO) et le devoir de l'employeur de verser le salaire en cas de décès du travailleur a été promulgué (*cf.* art. 338 al. 2 CO). La protection du travailleur empêché de travailler sans faute de sa part a également été renforcée (remplacement de l'art. 335 aCO par deux nouvelles dispositions, les art. 324*a-b* CO[210]) et l'impossibilité, pour le travailleur, de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, a été décrétée (*cf.* art. 341 CO).

La situation des employés a aussi nettement progressé grâce à l'adoption de dispositions encadrant la fin des rapports de travail. Jusqu'à cette époque, la protection n'avait été que très rudimentaire puisqu'à l'origine, le Code des obligations de 1911 se bornait à réglementer la résiliation avec effet immédiat : l'art. 352 al. 3 aCO précisait que lorsqu'un employé était empêché de travailler, sans faute de sa part (*cf.* art. 335 aCO), il jouissait d'une protection contre le licenciement immédiat[211]. La protection était précaire dès lors

---

208 MAHON, La réglementation du travail, p. 26.

209 MAHON, La réglementation du travail, p. 26. *Cf.* également BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, pp. 285-286.

210 Les art. 324*a-b* CO sont plus précis que l'art. 335 aCO. Ils indiquent, en particulier, la durée des rapports de travail (*cf.* art. 324a al. 1 CO : les rapports de travail doivent avoir duré plus de trois mois ou avoir été conclus pour plus de trois mois), ce que ne faisait pas l'art. 335 aCO qui se référait aux « *contrats de travail conclus à long terme* ».

211 MEYER, pp. 35-36.

qu'un licenciement pouvait être notifié durant une période d'absence tombant sous le coup de l'art. 335 aCO, dans la mesure où il s'agissait d'un licenciement ordinaire respectant les délais de congé ; les employeurs pouvaient ainsi librement utiliser ce procédé pour mettre fin à leur obligation de verser le salaire conformément à l'art. 335 aCO[212]. La loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919 (LFab 1914/1919) a été la première loi à introduire une protection contre le licenciement ordinaire (*cf.* art. 23 et 69 al. 2 et 5 LFab 1914/1919 : alors que les art. 23 et 69 al. 2 LFab 1914/1919 posaient des restrictions temporelles au licenciement en prohibant la résiliation du contrat de travail en cas de service militaire, pendant les 6 ou 8 semaines qui suivaient un accouchement et durant une incapacité de travail, non imputable à l'ouvrier, causée par une maladie ou un accident dans la mesure où cette incapacité n'excédait pas 4 semaines, l'art. 69 al. 5 LFab 1914/1919 consacrait une protection contre le licenciement abusif en interdisant de licencier une ouvrière enceinte en raison du fait qu'elle faisait usage de son droit de ne pas se rendre au travail ; *infra*, IV., A., 2., b)). Si les dispositions précitées sanctionnaient de tels congés de nullité, il n'en demeurait pas moins qu'elles n'étaient invocables que par les seuls ouvriers de fabriques. La révision du Code des obligations du 25 juin 1971 a réalisé le transfert des prescriptions jusqu'alors énoncées par les art. 23 et 69 LFab 1914/1919 dans le Code des obligations. Depuis le 1er janvier 1972, le droit privé du travail confère ainsi une protection contre le licenciement en temps inopportun (en cas de service militaire, de maladie ou d'accident, de maternité et de service d'aide à l'étranger ; *cf.* art. 336*e* aCO[213]), contre le licenciement abusif (pour cause de service militaire ou de protection civile ; *cf.* art. 336*g* aCO) et contre la résiliation immédiate dépourvue de justes motifs (art. 337-337*d* aCO)[214]. Malgré ces progrès, la protection contre le licenciement

---

212 *Cf.* PFLUGER ADELRICH, Der Lohnanspruch bei Krankheit des Arbeitnehmers gemäss Art. 335OR und dessen vertragliche Ablösung durch eine Krankenversicherung, in: Solothurnischen Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht, Union Druck und Verlag AG, Soleure, pp. 311-330, p. 316.

213 Art. 336e al. 1 aCO : « *Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat : a. Pendant que le travailleur accomplit un service militaire et un service de protection civile obligatoires à teneur de la législation fédérale ni, pour autant que ce service ait duré plus de douze jours, durant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ; b. Au cours des quatre premières semaines d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont le travailleur est victime sans sa faute ; cette période est portée à huit semaines dès la deuxième année de service ; c. Au cours des huit semaines qui précèdent ou suivent l'accouchement d'une travailleuse ; d. Au cours des quatre premières semaines pendant lesquelles le travailleur accomplit, dans le cadre de l'aide à l'étranger, un service ordonné par l'autorité fédérale* ». La sanction d'un licenciement intervenant en temps inopportun était la même que celle que nous connaissons actuellement : le congé donné pendant la période de protection est frappé de nullité ; le congé donné avant la période de protection et dont le délai de résiliation n'a pas encore expiré au moment où la période commence, est suspendu et ne recommence à courir qu'à la fin de la période (*cf.* art. 336*e* al. 2-3 aCO). Avec effet au 1er janvier 1989, l'art. 336*e* aCO a été remplacé par l'actuel art. 336*c* CO.

214 *Cf.* FF 1967 II 249 (386-402).

demeurait encore insuffisante étant donné qu'en dehors des prescriptions susmentionnées, une totale liberté en matière de résiliation du contrat de travail régnait : il suffisait de respecter les délais de congé pour que le licenciement fût valable et, en particulier, aucune motivation du congé n'était requise, quel qu'en fût le motif[215]. La révision du Code des obligations de 1988 permettra de renforcer la protection contre le licenciement (*infra*, bb)).

bbb) La garantie d'une protection aux employeurs

Lors de la révision du 25 juin 1971, le législateur ne s'est pas contenté de renforcer la protection des travailleurs ; il s'est également préoccupé de la situation des employeurs[216]. Il s'agit là d'une nouveauté, puisque, jusqu'alors, le législateur s'était principalement employé à protéger les travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat de travail ; rares étaient en effet les dispositions légales qui protégeaient à la fois travailleurs et employeurs (tel était le cas, par exemple, de l'art. 348 al. 2 aCO, qui arrêtait un délai de congé minimal à respecter pour mettre fin aux rapports de travail ayant duré une année ou plus, ou de l'art. 352 aCO, qui autorisait les parties à se départir d'un contrat de travail avec effet immédiat et sans avertissement préalable en présence de justes motifs).

Une protection a été garantie aux employeurs en raison du fait, qu'en période de plein emploi, il leur était difficile de recruter la main-d'œuvre nécessaire. Les mesures protectrices ont donc été axées, principalement, sur la rupture des rapports de travail (interdiction de la résiliation en temps inopportun par le travailleur et droit de l'employeur à une indemnité lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs ; *cf.* art. 336*f* aCO[217] et art. 337*d* CO). La révision de 1971 a aussi offert la possibilité à l'employeur de réduire la durée des vacances des travailleurs empêchés de travailler durant une certaine période au cours de l'année de service (*cf.* art. 329*b* CO)[218].

---

[215] Message concernant l'initiative populaire « *Pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail* » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574 (580-582). *Cf.* aussi BOCN 1985, p. 1088 (Intervention Darbellay).

[216] Sur la protection conférée aux employeurs, *cf.* BERENSTEIN ALEXANDRE, La « *protection paritaire contre le congé* » dans le contrat de travail, RSJ/SJZ n° 7-1984, pp. 108-113.

[217] Avec effet au 1er janvier 1989, l'art. 336*d* CO s'est substitué à l'art. 336*f* aCO (*infra*, bb)).

[218] La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT ; RO 36 791) a été la première loi à autoriser la réduction de la durée des vacances en cas d'absences du travailleur (*cf.* art. 11 lit. a aLDT : « *Les ordonnances d'exécution régleront en détail […] la mesure dans laquelle les absences pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou pour d'autres motifs pourront être imputées sur les jours de repos et les vacances* » ; *infra*, IV., A., 2., d)).

Bien que le développement du droit privé du travail tire ses fondements de la nécessité de protéger le travailleur en sa qualité de partie faible au contrat, les dispositions protectrices des employeurs marquent en quelque sorte un retour au principe de l'égalité des parties ; il s'agit là d'une particularité du droit suisse, qui laisse transparaître l'importance que revêt le libéralisme dans les relations de travail entre particuliers[219].

ccc) La codification du droit privé

La révision des art. 319 ss CO a également permis de codifier le droit du contrat de travail, en introduisant dans le CO, des dispositions relatives aux contrats individuels de travail de caractère spécial. Ainsi, depuis le 1er janvier 1972, le CO règle, en sus du contrat d'apprentissage (art. 344-346*a* et 355 CO)[220], deux autres catégories de contrats individuels de travail de caractère spécial : le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347-350*a* et 355 CO) et le contrat de travail à domicile (art. 351-355 CO).

L'introduction de la réglementation du contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347-350*a* et 355 CO) dans le Code des obligations a permis d'abroger la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941[221], une loi de droit privé (adoptée sur la base de l'art. 64 aCst. 1874 et entrée en vigueur le 1er janvier 1942), qui visait à « *mettre à l'abri de conditions de travail antisociales les voyageurs par des dispositions de droit privé* »[222].

---

219 Sur ce point, *cf.* MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 12.

220 Le contrat d'apprentissage a fait son entrée dans le Code des obligations, avec effet au 1er janvier 1912 (*cf.* art. 319 al. 3, 325 et 337 aCO). Avant cette date, le contrat d'apprentissage était régi par les réglementations cantonales de droit public relatives à la formation professionnelle. A compter du 1er janvier 1933, l'apprentissage a également été encadré par la loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930 (RO 48 809, FF 1930 I 870), loi de droit public, qui contenait toutefois aussi des dispositions de droit privé au sujet du contrat d'apprentissage et des rapports entre apprentis et maîtres d'apprentissage. L'entrée en vigueur, le 15 avril 1965, de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963 a eu pour effet de modifier le CO puisque les dispositions relatives au contrat d'apprentissage (art. 319 al. 3, 325, 337 aCO) ont alors été regroupées en un Titre X*bis* (art. 362*a-f* aCO) ; dès lors, contrairement à la loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930, la loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963 ne contient plus de prescriptions de droit privé régissant le contrat d'apprentissage. *Cf.* art. 59 de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963 (RO 1965 325 ; FF 1963 II 753). Sur ce point, *cf.* également BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 241-242 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 62-63.

221 Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941, RO 57 1085 (FF 1941 522). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des voyageurs de commerce du 6 décembre 1940, FF 1940 I 1341.

222 FF 1967 II 249 (257). Cf. aussi FF 1940 I 1341 (1347) : la loi avait « *pour but d'instituer le statut des voyageurs de commerce en vue de protéger ceux-ci contre des conditions de travail abusives* ». Avant l'entrée en vigueur de la loi sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin

L'incorporation des règles relatives au contrat de travail à domicile dans le Code des obligations (art. 351-355 CO) s'est, pour sa part, traduite par la suppression des dispositions de droit privé qui figuraient jusqu'alors dans la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (LTD)[223].

Les contrats d'engagement des gens de mer à bord d'un navire, en revanche, ne sont pas des catégories de contrats individuels de travail de caractère spécial au sens des art. 344-355 CO ; ceux-ci obéissent aux règles fixées par la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (*cf.* art. 68-81 LNM et ONM) ; conformément à l'art. 68 LNM, cependant, les dispositions relatives au contrat de travail (art. 319 ss CO) s'appliquent à titre subsidiaire (*cf.* art. 68 LNM : « *Sous réserve des dispositions de la présente loi, le contrat d'engagement des marins servant à bord des navires suisses est régi par le code des obligations. L'art. 333a du code des obligations concernant la consultation de la représentation des travailleurs en cas de transfert des rapports de travail, les art. 335d à 335g concernant le licenciement collectif ainsi que l'art. 336, al. 3, ne sont toutefois pas applicables* »)[224]. La LNM est l'une des seules lois à contenir des prescriptions de droit privé en dehors du Code des obligations (art. 319-362 CO).

1941, la profession de voyageurs de commerce n'était encadrée que par une loi de droit public, la loi fédérale concernant les taxes de patente des voyageurs de commerce du 24 juin 1892 (RO 13 43 ; FF 1892 IV 323). Il s'agissait d'une « *réglementation de police du commerce* », qui « *obéissait presque exclusivement à des considérations d'ordre fiscal et tâchait de concilier les besoins des finances cantonales avec les intérêts économiques généraux et notamment avec ceux des voyageurs de commerce* » et qui ne contenait aucune disposition au sujet des rapports de droit civil entre voyageurs de commerce et employeurs (paiement du salaire et remboursement des frais, p. ex. ; *cf.* FF 1940 I 1341 (1341 et 1348)). Par la suite, cette loi sera remplacée par la loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 4 octobre 1930 (RO 47 365, FF 1930 II 445), qui sera à son tour abrogée par la loi fédérale sur le commerce itinérant du 23 mars 2001, RS 943.1. Un contrat-type de travail avait toutefois également été arrêté par le Conseil fédéral en date du 7 juillet 1931 (*cf.* art. 324 aCO) ; celui-ci se limitait cependant à réglementer les obligations et la rémunération du voyageur et ne conférait pas une véritable protection contre des conditions de travail abusives (sur ce point, *cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 64).

223 *Cf.* FF 1967 II 249 (291-293). *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (908) : « *La révision a constitué l'occasion d'examiner s'il ne conviendrait pas d'insérer dans le code des obligations, en tant que prescriptions de pur droit privé, certaines dispositions de la loi sur le travail à domicile telles que celles qui concernent le paiement des salaires et les retenues sur le salaire* ».

224 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 66 : « *Angesichts der durch mehrere Sonderregelungen hervorgerufenen erheblichen Rechtszersplitterung entsprach eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts und damit die Schaffung einer besseren Übersicht einem dringenden Bedürfnis. Durch das Bundesgesetz vom 25. Juni 1971 […] ist diese Kodifikation in 144 Artikeln sehr weitgehend erreicht worden. Als Spezialgesetz ist nur die Regelung des Heuervertrags im Bundesgesetz über die Seeschiffahrt in Kraft geblieben, weil hier Besonderheiten zu berücksichtigen und insbesondere die Bestimmungen über den*

Nous relèverons encore que lors de l'élaboration de la LTr et de la révision du Code des obligations de 1971, les prescriptions de droit privé contenues jusqu'alors dans les lois fédérales de protection des travailleurs ont été transférées dans le CO. L'entrée en vigueur de la LTr, le 1er février 1966, a ainsi réalisé le transfert de la réglementation du droit aux vacances du droit public cantonal au droit privé fédéral (introduction d'un art. 341*bis* CO[225] ; *cf.* art. 64 ch. 2 et 73 al. 1 lit. b LTr, dans leur teneur au moment de leur entrée en

Heuervertrag mit verwaltungs- und strafrechtlichen Vorschriften verknüpft sind ». *Cf.* aussi FF 1967 II 249 (258).

225 L'art. 341*bis* al. 1 aCO arrêtait la durée minimale des vacances à deux semaines par année (une semaine supplémentaire devait être accordée aux jeunes travailleurs jusqu'à dix-neuf ans révolus et aux apprentis jusqu'à vingt ans révolus). Si la révision du 25 juin 1971 a remplacé l'art. 341*bis* aCO par les art. 329*a-e* CO, la durée des vacances n'a toutefois subi aucune modification. Il faudra attendre l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1984, de la révision du 16 décembre 1983 pour que la durée minimale des vacances soit portée de trois à cinq semaines pour les jeunes travailleurs jusqu'à l'âge de vingt ans révolus et de deux à quatre semaines pour les autres travailleurs. *Cf.* Modification du Code des obligations du 16 décembre 1983, RO 1984 580 (FF 1983 IV 589). *Cf.* également Message concernant l'initiative populaire « *pour une extension de la durée des vacances payées* » et la révision de la réglementation des vacances dans le code des obligations du 27 septembre 1982, FF 1982 III 177.

vigueur[226])[227]. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 341*bis* CO, seules trois lois fédérales consacraient un droit à des vacances payées[228] : la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (*cf.* art. 10 al. 1 aLDT : « *Tout agent […], a droit pendant l'année civile aux vacances suivantes : 7 jours, les 7 premières années de service ;*

---

[226] Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11 (RO 1966 57, FF 1964 I 567). Dans les deux avant-projets de la loi sur le travail (avant-projets de 1945 et de 1950), il avait pourtant été envisagé que les vacances demeurent régies par le droit public (*cf.* art. 85-90 de l'avant-projet de 1945 et art. 27-31 de l'avant-projet de 1950). *Cf.* Avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers : avec rapport explicatif élaboré par la commission préconsultative instituée à cet effet par le Département fédéral de l'économie publique, Berne 1945 ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'INDUSTRIE DES ARTS ET MÉTIERS ET DU TRAVAIL (OFIAMT), Préparation d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires (loi sur le travail), Berne 1950. Le projet du Conseil fédéral de 1960 a finalement décidé de régler la question du droit aux vacances au moyen du droit privé, en insérant cette matière dans le Code des obligations, *cf.* FF 1960 II 885 (899) : régler la question des vacances annuelles payées au moyen d'une réglementation minimale de droit privé présente les avantages suivants : « *D'une part, elle permet d'éviter le contrôle et l'exécution par l'Etat, toujours problématiques dans un pareil domaine ; or il est évident que les difficultés de contrôle et d'exécution ne sont pas faites pour rehausser l'autorité des organes étatiques. D'autre part, il est plus facile de limiter une réglementation privée à un petit nombre de principes généraux qui, en tant que normes minimums, ouvrent un plus large champ d'action à la convention collective, au contrat-type et au contrat de travail individuel en accord avec la conception, généralement admise aujourd'hui, selon laquelle il convient d'encourager les employeurs et travailleurs et leurs associations à coopérer en vue de régler eux-mêmes leurs rapports mutuels. La solution de droit privé permet en outre d'établir des dispositions sur les vacances pour tous les travailleurs, c'est-à-dire également pour ceux qui sont occupés dans l'agriculture et le service de maison, alors qu'une réglementation de droit public ne s'appliquerait qu'à l'industrie, à l'artisanat et au commerce* ». Sur la question de soumettre le droit aux vacances à une réglementation de droit public ou de droit privé, *cf.* aussi GYSIN, pp. 8-10 ; WÜTHRICH ERNST, Die Ferien- und Feiertagsregelung, in : Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz – 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Staempfli, Berne 1996, pp. 149-160.

[227] *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 240 : « *Jusqu'alors, l'obligation pour l'employeur d'accorder des vacances annuelles aux travailleurs était réglementée avant tout par le droit public cantonal ; cette matière fut désormais abandonnée au droit privé et régie par le droit fédéral* ». Sur l'évolution de la réglementation du droit aux vacances en Suisse, *cf.*, notamment, FALLET-SCHEURER MARIUS, Die Arbeiter- und Angestellten-Urlaube in der Schweiz : Bericht über den Stand der Frage, erstattet an die Schweizerische Vereinigung zur Förderung des Internationalen Arbeiterschutzes, Scheitlin, Berne 1912 ; GYSIN ARNOLD, Les vacances dans le droit suisse du travail, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 1-1949, pp. 7-16 ; SCHUMACHER BÉATRICE, Ferien : Interpretationen und Popularisierung eines Bedürfnisses : Schweiz 1890-1950, Böhlau, Vienne 2002 ; TSCHUDI HANS-PETER, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1948.

[228] *Cf.* BERENSTEIN, Les vacances payées, p. 4.

14 jours, dès l'année où il atteint 8 ans de service ou l'âge de 28 ans révolus ; 21 jours, dès l'année où il atteint 15 ans de service ou l'âge de 35 ans révolus ; 23 jours, dès l'année où il atteint l'âge de 50 ans révolus »)[229], le Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (art. 30 al. 1 StF : « *Le fonctionnaire a droit chaque année à des vacances* »)[230] et la loi fédérale sur la formation professionnelle du 23 juin 1930 (*cf.* art. 14 al. 2 : « *Les vacances doivent comprendre au moins six jours de travail par année ; le salaire ne devra subir aucune réduction pour cette période de six jours* »)[231].

bb) La révision du 18 mars 1988

Deux ans après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1972, de la révision des Titres X et X*bis* du CO (*supra*, aa)), la conjoncture économique a été marquée par un ralentissement qui a mis en exergue la nécessité de renforcer la protection des travailleurs contre le licenciement. La réglementation qui prévalait à cette époque en matière de congé (art. 336*e* et 336*g* aCO) ne garantissait, en effet, pas une protection « *digne de ce nom* » aux travailleurs[232]. En particulier, la protection contre la résiliation abusive était quasiment inexistante (l'art. 336*g* aCO prohibait uniquement le congé notifié en raison de l'accomplissement, par l'autre partie, d'un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile) et la protection contre le licenciement en temps inopportun peu étendue (la période de protection en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont le travailleur était victime sans sa faute n'était, par exemple, que de

229 Loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT), RO 36 791 (FF 1920 I 539). La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902 (RO 19 525 ; FF 1903 I 1) avait, en son temps, déjà consacré un droit à un congé payé ininterrompu de huit jours au moins (*cf.* art. 7). Au sujet de l'évolution de la législation fédérale relative aux entreprises de transport et de communications, *infra*, IV., A., 2., d).

230 Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (RO 43 459 ; FF 1927 II 1). Ainsi, p. ex., pour les fonctionnaires de l'administration générale, l'ordonnance du 26 septembre 1952 sur les rapports de service des fonctionnaires de l'administration générale de la Confédération (Règlement des fonctionnaires I, RF I, RO 1952 675), puis le règlement des fonctionnaires (1) du 10 novembre 1959 (RF 1, RO 1959 1141), ont arrêté la durée des vacances payées à 2, 3 ou 4 semaines, selon l'âge et l'ancienneté du fonctionnaire (*cf.* art. 57 RF I, art. 60 RF 1). Avant l'entrée en vigueur du StF, un arrêté du Conseil fédéral du 21 février 1879 avait déjà réglé la question du droit aux congés des fonctionnaires et employés de l'administration fédérale (*cf.* Arrêté du Conseil fédéral concernant les congés des fonctionnaires et employés de l'administration fédérale du 21 février 1879, RO 4 26). Cet arrêté, qui autorisait les chefs des Départements à accorder des congés jusqu'à concurrence d'une durée de 3 semaines (*cf.* art. 4), a constitué le plus ancien texte juridique dans le domaine des vacances en Suisse. Sur les origines et l'évolution du droit de la fonction publique, *cf. infra*, VI.

231 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930, RO 48 809 (FF 1930 I 870). Sur la législation fédérale sur la formation professionnelle, *cf. infra*, IV., B., 1., b).

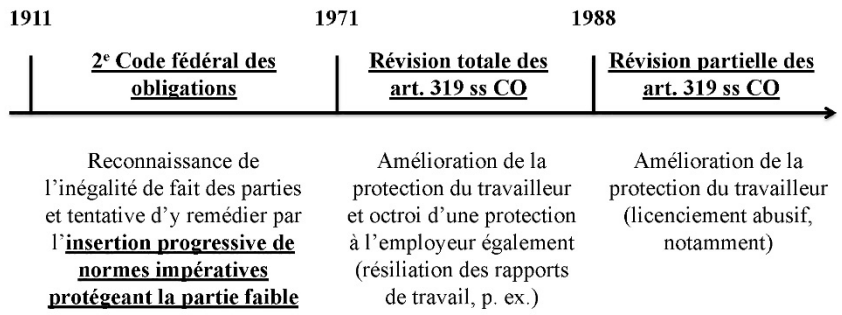
232 FF 1984 II 574 (600). *Cf.* aussi BOCN 1985, p. 1089 (Intervention Darbellay).

4 semaines lors de la première année de service, respectivement, de 8 semaines dès la deuxième année de service ; *cf.* art. 336*e* al. 1 lit. b aCO).

Afin de modifier cet état de chose, une initiative populaire « *Pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail* » a été déposée le 26 octobre 1981[233]. Le Conseil fédéral a élaboré un contre-projet indirect[234], que les Chambres ont adopté le 18 mars 1988[235] et l'initiative a été retirée[236].

La révision du 18 mars 1988, entrée en vigueur le 1er janvier 1989, était centrée sur la protection des seuls travailleurs ; une période de récession ayant succédé aux années de plein emploi, il n'apparaissait plus nécessaire de consolider la position des employeurs. La révision a permis d'intensifier la protection contre la résiliation abusive (remplacement de l'art. 336*g* aCO par les art. 336-336*b* CO, qui ont considérablement étendu la notion de licenciement « *abusif* ») et celle survenant en temps inopportun (remplacement de l'art. 336*e* aCO par l'art. 336*c* CO, disposition qui porte la durée de la protection en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident non imputable à la faute du travailleur à 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service, respectivement 180 jours à partir de la sixième année de service). La révision a également promulgué l'obligation de la partie qui donne le congé de motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (*cf.* art. 335 al. 2 CO).

Schéma 7 : L'insertion de règles impératives dans le droit du contrat de travail



233 Aboutissement de l'initiative populaire « *Pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail* », FF 1981 III 925.

234 Message concernant l'initiative populaire « *Pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail* » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le Code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574.

235 Modification du Code des obligations du 18 mars 1988, RO 1988 1472 (FF 1988 I 1378). Le Conseil national a accepté la révision à 111 voix contre 25 (BOCN 1988, p. 473) ; le Conseil des Etats en a fait de même à 35 voix contre 5 (BOCE 1988, p. 120).

236 FF 1988 II 606.

Bien que la révision de 1988 ait amélioré la protection des travailleurs contre la résiliation, il n'en demeure pas moins que le droit suisse « *n'est pas très strict* » en la matière ; fortement imprégné du principe de la liberté contractuelle, le droit privé du travail réserve en effet encore une place importante à la liberté de résilier[237]. Pour preuve, les licenciements abusifs (art. 336 CO), de même que les résiliations immédiates dépourvues de justes motifs (art. 337 CO), ne permettent pas au travailleur d'exiger son réengagement, ce dernier ne pouvant prétendre qu'au versement d'une indemnité (art. 336*a* et 337*c* CO).

3. L'octroi d'effets de droit privé aux dispositions de droit public de protection des travailleurs

La révision du droit du contrat de travail de 1971, qui a accordé des effets de droit privé aux règles de droit public de protection des travailleurs, a constitué la troisième étape de la « *socialisation* » du droit privé (adjonction d'un al. 2 à l'art. 342 : « *Si des dispositions de la Confédération ou des cantons sur le travail et la formation professionnelle imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail, l'autre partie peut agir civilement en vue d'obtenir l'exécution de cette obligation* »)[238]. Si le droit public a, dès l'origine, fait l'objet d'une réserve (consacrée, successivement, par les art. 349 CO 1881, 362 aCO et 342 al. 1 CO ; *supra*, 1.), ce n'est qu'avec effet au 1er janvier 1972 que des effets de droit privé ont été reconnus aux règles de droit public. Ce faisant, le législateur a « *colmaté le fossé qui, en cette matière, séparait le droit public du droit civil* »[239]. L'art. 342 al. 2 CO consacre ainsi le droit du travailleur d'agir civilement en vue d'obtenir l'exécution d'obligations découlant, par exemple, de la LTr. Cette disposition consacre, en particulier, le droit du travailleur de ne pas fournir sa prestation de travail lorsque l'employeur ne respecte pas les obligations qui découlent de prescriptions de droit public (*cf.* art. 324 CO) ; elle fonde également l'obligation de l'employeur de verser des dommages-intérêts au travailleur lorsqu'un dommage survient en raison de l'inobservation d'une prescription de droit public (violation de l'art. 6 LTr concernant la protection de la santé, p. ex. ; *cf.* art. 97 CO)[240].

---

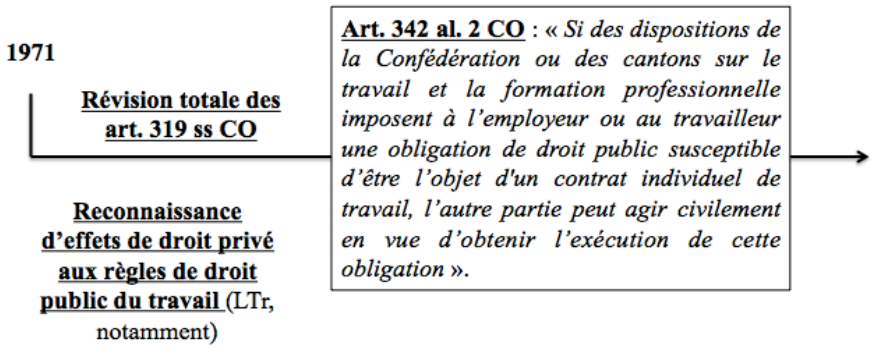
237 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 13.

238 *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse, p. 81 : « *Les règles de droit public n'entraînent pas seulement des effets de droit public, mais aussi, en tout cas dans le domaine du droit du travail, des effets de droit privé* ».

239 BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse, p. 81.

240 FF 1967 II 249 (415) : « *Le travailleur peut, en vertu des principes généraux, refuser de travailler si l'employeur ne remplit pas ses obligations découlant de prescriptions protectrices du travail, […]. La violation de telles prescriptions, par exemple de celles qui concernent l'hygiène du travail et la prévention des accidents, peut entraîner pour l'employeur l'obligation de verser des dommages-intérêts lorsqu'il en résulte des dommages pour le travailleur* ». *Cf.* aussi SCHWEINGRUBER, p. 249.

Schéma 8 : La reconnaissance d'effets de droit privé aux dispositions de droit public de protection des travailleurs



C. Le phénomène de « *publicisation* » du droit privé du travail

Actuellement, il semble que le mouvement de « *socialisation* » cède le pas à un phénomène de « *publicisation* » du droit privé[241], qui se traduit par l'application de principes inhérents au droit public dans les rapports de travail régis par le Code des obligations (*infra*, 1.). La liberté contractuelle subit également des restrictions à d'autres égards ; il arrive, ces dernières années, que l'administration adopte des règles qui se heurtent frontalement à des principes clé du droit privé (*infra*, 2.). Un recours à des moyens de droit administratif, afin de régler certains aspects du droit du contrat de travail semble, au demeurant, se dessiner (*infra*, 3.). Le droit international de protection des travailleurs,

[241] Sur cette problématique, *cf.* la thèse de doctorat de CATHERINE BOUVERAT, réalisée à l'Université de Neuchâtel dans le cadre du projet FNS « *Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme?* » ; cet ouvage devrait paraître en 2017. *Cf.* aussi SUBILIA-ROUGE, pp. 290-291 : « *En ce qui concerne le respect des principes constitutionnels, il nous paraît important d'affirmer que des principes tels que celui de l'égalité de traitement s'appliquent également, dans une mesure qu'il ne faut pas sous-estimer, aux relations de travail de droit privé. En effet, la protection de la personnalité du travailleur prévue par l'art. 328 CO implique notamment l'interdiction de défavoriser d'une manière ou d'une autre un employé sans motifs objectifs. Le principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC) a aussi déjà été appliqué par les tribunaux pour éviter qu'une personne soit privée d'une gratification en raison de critères non pertinents. En outre, la LEg a pour objet de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. De manière générale, au fil des révisions, le droit privé a, par l'adoption de normes spécifiques complémentaires aux normes générales d'interdiction de l'abus de droit et de protection de la bonne foi, évolué vers une meilleure protection du travailleur* », de sorte que les différences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique « *ont aujourd'hui tendance à disparaître progressivement* ».

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) et le droit européen exercent aussi une incidence sur le droit interne, qui est susceptible de se traduire par des limitations apportées à la liberté contractuelle (*infra*, 4., 5. et 6.)

1. L'application de principes généraux du droit public dans les rapports de travail entre particuliers

La doctrine et la jurisprudence nous apprennent que les principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement, typiques du droit public, ou encore un certain droit d'être entendu, ont été déduits des dispositions sur la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 ss CO). Ces principes constituant pour la plupart des droits fondamentaux, se pose la question de l'effet horizontal de ces droits en droit du travail.

L'ordre juridique suisse repose sur la théorie libérale des droits publics subjectifs, en vertu de laquelle les droits fondamentaux sont accordés aux citoyens, par une norme de rang supra-législatif, afin de les protéger contre les abus du pouvoir étatique[242]. Selon cette conception, les droits fondamentaux ne sont donc opposables qu'à l'Etat ; en d'autres termes, ils ne déploient que des effets verticaux. En Suisse, « *la rigidité du modèle de protection des droits fondamentaux véhiculé par l'Etat libéral dans sa forme la plus pure* » connaît cependant un certain assouplissement[243]. Ainsi, les autorités publiques qui agissent « *sur le terrain du droit privé* » doivent respecter les droits fondamentaux, au même titre que les organes étatiques investis de la puissance publique[244]. Dans la mesure où ils assument une tâche de l'Etat, les particuliers sont également tenus de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (*cf.* art. 35 al. 2 Cst.). En outre, les autorités ont l'obligation de veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux (*cf.* art. 35 al. 3 Cst.) ; il découle de ce devoir que l'Etat n'est donc pas l'unique destinataire des droits fondamentaux[245].

---

242 Une autre approche consiste à appréhender les droits fondamentaux comme des droits naturels, dont l'existence préexiste la naissance de l'Etat (théorie jusnaturaliste). Selon cette conception, les droits fondamentaux sont des droits « *inhérents à l'être humain* », qui ne nécessitent « *aucune consécration juridique pour être valables au sein de la société* » et qui sont invocables à l'égard de tous (droits *erga omnes*). Au sujet de la théorie des droits publics subjectifs, *cf.*, p. ex., ZIMMERMANN, pp. 29-32.

243 ZIMMERMANN, p. 33.

244 ZIMMERMANN, p. 33.

245 ATF 130 III 353, c. 2.1.1 : « *Nach dem Grundrechtsverständnis der neuen Verfassung richten sich die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat. Vielmehr müssen sie in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) und die Behörden einschliesslich der Gerichte haben dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV ; […])* ».

Si les droits fondamentaux acquièrent un effet horizontal par le biais de l'art. 35 al. 3 Cst., il ne s'agit cependant pas d'un effet absolu, puisque la disposition précitée n'impose pas la concrétisation des droits fondamentaux de manière généralisée[246]. Le législateur jouit de la liberté d'adopter des normes de droit civil ou pénal afin de concrétiser les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. L'art. 3 LEg, qui interdit la discrimination entre les sexes dans les rapports de travail, constitue, par exemple, une telle norme. Il en va de même de l'art. 336 al. 1 lit. b CO, qui déclare abusif le licenciement notifié à une partie pour le motif que celle-ci a fait usage d'un droit constitutionnel. L'effet horizontal déployé par les droits fondamentaux est donc indirect : dans les rapports entre particuliers la protection des droits fondamentaux relève des seules lois civiles et pénales ; un particulier ne saurait donc se prévaloir directement, dans une cause relevant du droit privé, d'une garantie constitutionnelle[247]. Rares sont en effet les droits fondamentaux auxquels un effet direct a été reconnu ; pour preuve, l'art. 8 al. 3 3e phrase Cst., qui consacre l'égalité salariale entre les sexes pour un travail de valeur égale, constitue le seul droit fondamental auquel la doctrine attribue unanimement un effet horizontal direct[248].

L'action du juge est également importante dans le domaine de la reconnaissance d'une application horizontale indirecte des droits fondamentaux[249]. En interprétant les clauses générales et notions juridiques indéterminées du droit privé à la lumière de la Constitution (interprétation conforme à la Constitution), les autorités judiciaires appliquent indirectement des règles constitutionnelles dans les relations entre les particuliers[250].

Les dispositions sur la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 ss CO) sont également à l'origine d'une application de certains droits fondamentaux et principes constitutionnels (principes de la proportionnalité, de la pesée des intérêts et de l'égalité de traitement, notamment) dans le secteur privé. Ainsi, le Tribunal fédéral a recouru au principe de la proportionnalité pour déterminer si l'installation, par l'employeur, d'un système de surveillance GPS sur les véhicules de l'entreprise était licite ou non[251]. Ce même principe est également utilisé afin d'établir si un licenciement doit être considéré comme abusif au sens de l'art. 336 CO, puisque le Tribunal fédéral considère que l'employeur doit, avant de procéder à un licenciement, mettre en balance, d'une part, son intérêt à se séparer du travailleur et, d'autre part, l'intérêt du travailleur à conserver son

246 *Cf.* ZIMMERMANN, p. 36.

247 TF, arrêt 5A_256/2015 du 13 août 2015, c. 3.1. *Cf.* aussi TF, arrêt 5A_506/2014 du 23 octobre 2014, c. 4.3.2 ; ATF 107 Ia 277, c. 3a.

248 Sur ce point, *cf.* ZIMMERMANN, pp. 37-40.

249 *Cf.* ZIMMERMANN, p. 37.

250 ATF 111 II 245, c. 4b. *Cf.* aussi TF, arrêt 5A_506/2014 du 23 octobre 2014, c. 4.3.2. *Cf.* également ZIMMERMANN, pp. 40-42.

251 ATF 130 II 425.

emploi[252]. La jurisprudence relative aux travailleurs âgés, qui ont été au service de leur employeur durant de nombreuses années, va même jusqu'à déduire de l'art. 328 CO un droit du travailleur d'être entendu avant un éventuel licenciement[253]. Moyennant le respect de certaines conditions, un droit à l'interdiction de la discrimination semble également pouvoir être déduit des art. 328 et 328*b* CO ; le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) est donc susceptible de poser des limites à la liberté contractuelle de l'employeur[254]. Selon les juges fédéraux, « *une décision subjective et arbitraire de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, et donc une contravention à l'interdiction de discrimination, que si elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier* », étant entendu qu'une telle sous-évaluation ne peut être donnée « *que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés* », ce qui n'est pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés ; l'employeur est donc libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites[255]. Le Tribunal fédéral ajoute cependant que, dans tous les cas, le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des salariés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail ; en pareille hypothèse, l'employeur doit alors aussi leur accorder le

252 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 4A_558/2012 du 18 février 2012 ; TF, arrêt 4C.60/2006 du 22 mai 2006 ; TF, arrêt 4C.25/2006 du 21 mars 2006 ; TF, arrêt 4C.431/2005 du 31 janvier 2006 ; ATF 132 III 115 ; ATF 131 III 535.

253 *Cf.* TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014, c. 4.2.2 : « *Daraus ist zu schliessen, dass bei älteren Arbeitnehmern der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken ist. Er hat namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen* ».

254 Au même titre que les autres droits fondamentaux, l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) ne s'applique pas dans les relations entre particuliers. Seule l'égalité salariale entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst.) est assortie d'effets horizontaux. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg ; RS 151.1) a toutefois permis de transposer le principe constitutionnel de l'égalité entre les sexes dans les rapports de travail de droit privé. Au sujet de l'application du principe de l'égalité de traitement dans les rapports de travail de droit privé, *cf.* PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Staemplfi, Berne 2009.

255 TF, arrêt 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2. *Cf.* aussi ATF 129 III 276, c. 3.1.

traitement censé favoriser certains employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues[256].

2. Quelques autres limitations portées à la liberté contractuelle par le droit interne

Nous venons de voir que la liberté contractuelle peut subir des restrictions par l'application de principes de droit public dans les relations de travail entre particuliers. La liberté contractuelle – au même titre d'ailleurs que d'autres principes clé du droit privé – est également susceptible de se trouver limitée par d'autres procédés, dont voici quelques exemples.

Comme première illustration, nous mentionnerons que des restrictions à la liberté contractuelle peuvent être posées par la législation relative aux marchés publics[257]. Ainsi, l'art. 6 al. 2 du règlement d'application de la loi vaudoise sur les marchés publics (RLMP-VD)[258] exige que le soumissionnaire respecte « *les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes* » et qu'il garantisse « *par contrat que ses sous-traitants respectent ces prescriptions* ». L'art. 6 al. 3 RLMP-VD précise que les conditions de travail et de salaire sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail et, qu'en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Afin de garantir le respect des obligations du soumissionnaire et de ses sous-traitants, l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire (art. 6 al. 6 RLMP-VD). En outre, le soumissionnaire qui ne prend pas toutes les mesures adéquates et nécessaires pour contrôler que ses sous-traitants respectent les prescriptions réglementaires, s'expose à des sanctions administratives (art. 6 al. 5 RLMP-VD). Celles-ci sont répertoriées à l'art. 14*a* LMP-VD[259] et comprennent, notamment, l'avertissement, la révocation de l'adjudication, le prononcé d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du prix final de l'offre ou encore l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans.

L'initiative populaire fédérale « *contre les rémunérations abusives* » (initiative « *Minder* », « *Abzocker-Initiative* »), qui a été acceptée le 3 mars 2013[260], constitue un

---

256 TF, arrêt 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2. *Cf.* aussi ATF 129 III 276, c. 3.1.

257 Sur ce point, *cf.* la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, pp. 251-252.

258 Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) du 7 juillet 2004, RSV 726.01.1.

259 Loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP-VD), RSV 726.01.

260 Initiative populaire fédérale « *Contre les rémunérations abusives* », acceptée le 3 mars 2013, RO 2013, 1303.

autre exemple de limitations apportées à la liberté contractuelle par le droit national. Bien que cette initiative concerne le droit des sociétés anonymes, elle a également eu un impact sur le droit du travail, puisqu'elle a restreint la liberté dont bénéficient les parties en matière salariale. Le but poursuivi par les initiants était, en effet, de « *modérer les indemnités, jugées excessives, qui sont versées à la haute direction des sociétés anonymes cotées en bourse* »[261]. L'initiative, qui s'est traduite par l'introduction d'un art. 95 al. 3 Cst., a été mise en œuvre par l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb), adoptée par le Conseil fédéral le 20 novembre 2013 et entrée en vigueur le 1er janvier 2014[262]. Cette ordonnance, qui pose des limites à la liberté d'arrêter les rémunérations versées, notamment, aux membres des conseils d'administration, et qui interdit l'octroi de certains types d'indemnités, prévoit des sanctions pénales à l'encontre des contrevenants et constitue donc un exemple de « *publicisation* » ou de « *pénalisation* » du droit privé.

Ces dernières années, plusieurs autres initiatives populaires entraînant une limitation de la liberté contractuelle qui caractérise le marché du travail ont été déposées. Ainsi, l'initiative populaire « *6 semaines de vacances pour tous* »[263], qui demandait à ce que le droit de tous les travailleurs[264] à des vacances annuelles payées de six semaines au minimum soit inscrit dans la Constitution (adjonction d'un al. 4 à l'art. 110 Cst.). Cette initiative a cependant été rejetée le 11 mars 2012[265], conformément à la recommandation du Conseil fédéral qui considérait que ce texte entraverait la marge de manœuvre des partenaires sociaux et porterait « *atteinte à la souveraineté cantonale dans le domaine du statut de la fonction publique* »[266]. Le Conseil fédéral craignait ainsi qu'une réglementation uniforme de la durée des vacances applicable dans le privé et dans la fonction publique n'ouvre la voie à

---

261 Message relatif à l'initiative populaire « *contre les rémunérations abusives* » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 5 décembre 2008, FF 2009 265 (274).

262 Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb) du 20 novembre 2013, RS 221.331.

263 *Cf.* Message relatif à l'initiative populaire « *6 semaines de vacances pour tous* » du 18 juin 2010, FF 2010 4251.

264 La notion de « *travailleur* » utilisée par les initiants englobait tant les employés du secteur privé que le personnel des collectivités publiques. Si l'initiative avait été acceptée, elle aurait donc conféré un seuil minimal commun de protection à l'ensemble des travailleurs en matière de droit aux vacances. *Cf.* FF 2010 4251 (4262).

265 *Cf.* Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 11 mars 2012 (Initiative populaire « *Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires* » ; arrêté fédéral concernant la réglementation des jeux d'argent en faveur de l'utilité publique ; « *initiative sur l'épargne-logement* » ; initiative populaire « *6 semaines de vacances pour tous* » ; loi fédérale sur la réglementation du prix du livre) du 20 juin 2012, FF 2012 6149.

266 FF 2010 4251 (4264-4265).

l'élaboration d'une véritable législation commune aux deux secteurs[267]. L'initiative populaire « *1:12 – Pour des salaires équitables* »[268], lancée dans le dessein de réduire les inégalités salariales (limitation du montant des salaires versés aux hauts cadres et incitation à augmenter le montant des bas salaires), doit également être mentionnée. Cette initiative requérait l'adoption d'un nouvel art. 110*a* Cst., à teneur duquel, dans une même entreprise, le salaire le plus élevé ne pourrait pas être plus de douze fois supérieur au salaire le plus bas. Le rejet de cette initiative, en date du 24 novembre 2013[269], est dû, en grande partie, à l'atteinte qu'elle aurait porté au principe de la liberté économique et à la réduction de la sphère d'influence des partenaires sociaux qu'elle aurait généré en matière de formation des salaires. L'initiative populaire « *Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums)* », qui plaidait en faveur de l'introduction d'un salaire minimum valable dans toute la Suisse (introduction d'un nouvel art. 110*a* Cst.)[270], a subi le même sort que les deux précédentes, puisqu'elle a été repoussée en date du 18 mai 2014[271]. Là aussi, le Conseil fédéral invitait au rejet de l'initiative, en raison des « *conséquences néfastes sur le marché suisse du travail et sur le bon fonctionnement du partenariat social* » qu'elle aurait entraînées[272]. Si le droit de la fonction publique arrête généralement des salaires minima (*cf.*, p. ex., art. 38 O-cadre LPers[273]), dans le secteur privé, seul le Canton de Neuchâtel a franchi ce pas. Cependant, bien que le principe du salaire minimum ait été inscrit dans la Constitution neuchâteloise avec effet au 1er janvier 2012 (art. 34*a*

---

267 FF 2010 4251 (4265) : « *Une réglementation uniforme de la durée des vacances appellerait forcément une uniformisation des règles dans d'autres domaines, par exemple pour ce qui est du temps de travail et du salaire* ».

268 *Cf.* Message relatif à l'initiative populaire « *1:12 – Pour des salaires équitables* » du 18 janvier 2012, FF 2012 503.

269 Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 24 novembre 2013 (Initiative populaire « *1:12 – Pour des salaires équitables* » ; initiative populaire « *Initiative pour les familles : déductions fiscales aussi pour les parents qui gardent eux-mêmes leurs enfants* » ; modification de la loi fédérale concernant la redevance pour l'utilisation des routes nationales [Loi sur la vignette autoroutière, LVA]) du 20 février 2014, FF 2014 1693.

270 *Cf.* Message relatif à l'initiative populaire « *Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums)* » du 16 janvier 2013, FF 2013 1109.

271 *Cf.* Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 18 mai 2014 (Arrêté fédéral concernant les soins médicaux de base ; initiative populaire « *Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants* » ; initiative populaire « *Pour la protection de salaires équitables [Initiative sur les salaires minimums]* » ; loi fédérale sur le fonds d'acquisition de l'avion de combat Gripen [Loi sur le fonds Gripen]) du 18 août 2014, FF 2014 6121.

272 FF 2013 1109 (1110).

273 Conformément à l'art. 7 al. 1 de l'Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000 (O-cadre LPers, RS 172.220.11), le salaire brut d'un employé à plein temps, âgé de 18 ans et qui ne peut justifier d'une formation professionnelle, ne peut être inférieur à CHF 38'000.- par an.

Cst-NE[274]), la loi d'application, qui fixe le salaire minimum mensuel pour un emploi à plein temps à CHF 3'640.- (ce qui correspond à un salaire horaire de CHF 20.-), n'est pas encore en vigueur. Une demande d'effet suspensif contre l'entrée en vigueur de ladite loi a en effet été acceptée par le Tribunal fédéral[275]. Si le jugement quant au point de savoir si la loi neuchâteloise est compatible avec le droit fédéral n'a pas encore été rendu, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une initiative populaire cantonale tendant à l'introduction d'un salaire minimum (en l'espèce, il s'agissait d'une initiative genevoise, intitulée « *Pour le droit à un salaire minimum* »)[276]. Dans cet arrêt de principe, rendu le 8 avril 2010, le Tribunal fédéral a jugé qu'un salaire minimum cantonal ne saurait être admis qu'à la condition de constituer une mesure de politique sociale, et non une mesure de politique économique ; seul un salaire minimum d'un montant relativement faible, s'approchant des revenus minimaux résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale, pourrait donc être jugé compatible avec la liberté économique (*cf.* art. 6 CC)[277].

Nous signalerons aussi une Circulaire de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), adoptée en 2009[278] dans le but de « *contribuer à éviter que les systèmes de rémunération n'incitent à prendre des risques excessifs pouvant mettre en péril la stabilité des établissements financiers* »[279], qui a fortement ébranlé deux principes cardinaux du droit privé : le principe de l'exigibilité du salaire à la fin de l'exercice et le principe de la libre disposition du salaire (*cf.* art. 323*b* CO). Cette circulaire, qui énonce des prescriptions obligatoires pour certains grands établissements bancaires, pose un cadre aux systèmes de rémunération afin d'éviter qu'ils ne « *créent […] des incitations fallacieuses et conduisent […] à prendre des risques excessifs* » et encourage, notamment, les clauses de « *clawback* », qui permettent aux banques d'exiger du salarié qu'il restitue tout ou partie d'une rémunération importante qui lui a été versée (par le biais d'une action en restitution au sens de l'art. 678 CO), lorsque son comportement a mené à une moins

---

274 Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst-NE), RSN 131.233.

275 TF, arrêt 2C_774/2014 du 24 septembre 2014 (cet arrêt est introuvable sur le site du Tribunal fédéral, mais un résumé de celui-ci est disponible dans la Jusletter du 6 octobre 2014).

276 TF, arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010.

277 TF, arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, c. 3.3 : « *Il ne sera notamment pas aisé de fixer les montants des salaires minima, puisqu'ils devront se situer à un niveau relativement bas, proche du revenu minimal résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale, sous peine de sortir du cadre de la "politique sociale" pour entrer dans celui de la "politique économique" et, donc, d'être contraires à la liberté économique* ».

278 Circulaire 2010/1 de la FINMA « *Systèmes de rémunération – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers* » du 21 octobre 2009.

279 AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Circulaire « *Systèmes de rémunération* » – Eléments essentiels, Berne, 11 novembre 2009, p. 2.

bonne marche des affaires de l'entreprise[280]. Une simple circulaire administrative peut donc avoir pour effet d'écarter des principes de droit privé et de restreindre fortement la liberté contractuelle.

Pour terminer, nous mentionnerons encore deux instruments, qui entraînent également une certaine « *publicisation* » ou « *pénalisation* » du droit privé. Il s'agit, d'une part, de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN)[281], dont l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, a été synonyme d'un renforcement de la lutte contre la sous-enchère salariale et contre l'économie informelle (introduction de mesures efficaces de contrôle et de sanctions administratives et pénales). D'autre part, une modification de la loi fédérale sur les banques (LB)[282], intervenue le 30 septembre 2011 (too big to fail)[283], a permis d'introduire un nouvel art. 10*a*, qui autorise le Conseil fédéral à ordonner des mesures en matière de rémunération pendant toute la période durant laquelle « *une banque d'importance systémique ou sa société mère se voit accorder une aide financière directe ou indirecte puisée dans les moyens de la Confédération* » (art. 10*a* al. 1 LB) ; pour ce faire, le Conseil fédéral peut, notamment, proscrire totalement ou partiellement le versement de rémunérations variables ou ordonner des adaptations du système de rémunération (art. 10*a* al. 2 LB)[284].

Les exemples qui précèdent témoignent donc d'un phénomène de « *publicisation* », voire de « *pénalisation* » du droit privé travail.

---

280 AUTORITÉ FÉDÉRALE DE SURVEILLANCE DES MARCHÉS FINANCIERS (FINMA), Circulaire « *Systèmes de rémunération* » – Eléments essentiels, Berne, 11 novembre 2009, p. 2. Sur ce point, *cf.* également la Préface de GABRIEL AUBERT, dans le présent ouvrage, pp. VII-XVI, pp. XIII-XIV.

281 Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir, LTN), RS 822.41.

282 Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, LB), RS 952.0.

283 Modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Renforcement de la stabilité dans le secteur financier ; too big to fail) du 30 septembre 2011, RO 2012 811. *Cf.* également Message concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail) du 20 avril 2011, FF 2011 4365.

284 Sur la notion de « *banque d'importance systémique* », *cf.* art. 7 al. 1 LB : « *On entend par banques d'importance systémique les banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses* ».

3. Vers une réglementation de certains aspects du droit du contrat de travail par le biais d'un recours à des moyens de droit administratif

Actuellement, il arrive que certains aspects du droit du contrat de travail soient réglés en recourant à des moyens de droit administratif. Il semblerait, en particulier, qu'il soit devenu plus aisé d'utiliser des moyens de droit administratif que de légiférer en droit privé du travail[285]. Laisser au Conseil fédéral le soin d'apporter les amendements nécessaires permet notamment de gagner du temps, étant donné que l'on échappe ainsi à la phase des débats parlementaires.

Une modification récente de l'OLT 1 permet d'illustrer notre propos.

Si la LTr et ses ordonnances d'application forment une législation de droit public, une disposition de droit privé est venue se mêler aux dispositions de droit public, avec effet au 1er juin 2014[286]. Nous faisons référence à l'art. 60 al. 2 OLT 1, qui a été modifié afin de consacrer le droit des travailleuses à des pauses d'allaitement rémunérées[287], dans le dessein d'aligner le droit interne sur les standards de protection garantis par la Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité et, partant, de permettre à la Suisse de ratifier cet instrument[288]. Le législateur aurait pu introduire le principe de la rémunération du temps passé à allaiter dans le Code des obligations. Il se serait d'ailleurs agi de la démarche logique à adopter étant donné qu'une norme qui consacre un droit à des pauses d'allaitement et qui règle le droit au salaire pendant celles-ci relève du droit privé. Le législateur n'a toutefois pas opté pour cette solution, son choix s'étant porté sur une modification de la législation de droit public de protection des travailleurs. Si la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) avait d'abord proposé de régler la question de la rémunération du temps passé à allaiter dans la loi, par le biais d'une modification de l'art. 35*a* al. 2 LTr[289], elle s'est, par la suite, finalement ralliée à la proposition du Conseil fédéral

---

285 Sur ce point, *cf.* la Préface de GABRIEL AUBERT, dans le présent ouvrage, pp. VII-XVI, pp. XII-XIII.

286 Il faut relever que si la LTr est une loi de droit public, ses prédécessrices, les lois fédérales sur le travail dans les fabriques des 23 mars 1877 et 18 juin 1914/27 juin 1919 (LFab 1877, puis LFab 1914/1919), bien que de droit public également, étaient en réalité des lois mixtes, puisqu'elles contenaient à la fois des dispositions de droit public et des dispositions de droit privé. Au sujet de la législation sur le travail dans les fabriques, *cf. infra*, IV., A., 2., b).

287 Modification de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) du 30 avril 2014, RO 2014 999.

288 Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité, adoptée le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

289 Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la*

qui jugeait un amendement des dispositions réglementaires suffisant[290]. Si ce procédé a permis d'apporter rapidement les modifications nécessaires pour permettre à nos autorités de ratifier la Convention n° 183 et d'éviter de longues délibérations parlementaires à l'issue incertaine, il n'en demeure pas moins qu'il constitue un écart à la règle qui veut que les aspects de droit privé des relations de travail soient réglés dans le Code des obligations.

4. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant du droit international de protection des travailleurs

Le droit international de protection des travailleurs adopté par l'Organisation internationale du travail (OIT) a fortement influencé le développement de la législation helvétique. Pour reprendre les termes utilisés par EICHHOLZER, les Conventions de l'OIT ont en effet agi comme un véritable « *stimulant* » sur le droit du travail suisse[291].

L'activité normative de l'OIT repose principalement sur deux types d'instruments : des Conventions et des Recommandations. Alors que les premières sont des traités internationaux juridiquement contraignants pour les Etats qui font le choix de les ratifier, les secondes, dont la fonction consiste à compléter et préciser les Conventions, ne sont pas soumises à ratification et n'ont pas force de loi (elles énoncent des principes directeurs destinés à guider les Etats)[292]. Les Conventions et Recommandations de l'OIT forment un ensemble communément qualifié de « *Code international du travail* »[293].

Le droit international de protection des travailleurs exerce une influence considérable sur le contenu de la réglementation suisse puisque, avant de ratifier une Convention de l'OIT, nos autorités procèdent à une adaptation du droit interne afin de le conformer aux

maternité » du 10 novembre 2011, FF 2012 1597 (1607-1609) : « *Une disposition expresse à l'art. 35a, al. 2 LTr prévoyant la rémunération du temps consacré à l'allaitement satisfera pleinement aux exigences de la convention et elle favorisera la sécurité juridique* ».

290 Avis du Conseil fédéral au sujet du Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 10 novembre 2011 relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » du 15 février 2012, FF 2012 1623 (1624-1625).

291 EICHHOLZER, Aperçu, p. 210. Sur l'influence du droit international de protection des travailleurs sur la législation suisse, *cf.*, BERENSTEIN ALEXANDRE, L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse, Revue internationale du travail n° 6-1958, pp. 553-578 ; DÄHLER EMIL, Die Sozialpolitik der Internationalen Arbeitsorganisation und ihr Einfluss auf die Sozialgesetzgebung in der Schweiz, Kolb, St-Gall 1976. *Cf.* aussi la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, pp. 246-248.

292 Concernant les Conventions et Recommandations de l'OIT, *cf.*, p. ex., BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, pp. 46-52.

293 BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, pp. 3 et 69.

exigences posées par l'instrument international. En effet, « *selon une pratique bien établie, la Suisse ne ratifie que les conventions de l'OIT dont les dispositions concordent avec le droit et les pratiques nationales* »[294].

La consécration du principe de la rémunération du temps passé à allaiter par le droit suisse (*supra*, 3.) représente un exemple de l'influence déployée par le droit international de protection des travailleurs adopté par l'OIT. Si ce principe a été ancré dans la législation helvétique avec effet au 1er juin 2014, c'était en effet dans le dessein de permettre à nos autorités de ratifier la Convention de l'OIT n° 183 sur la protection de la maternité, dont l'art. 10 consacre le droit des travailleuses à une ou plusieurs pauses quotidiennes d'allaitement rémunérées. Dans son rapport du 11 novembre 2011, relatif à l'initiative « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* »[295], la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a effectivement relevé que « *le droit suisse remplit quasi intégralement les exigences de la convention* » et que « *la seule lacune mineure de notre législation devant être comblée consiste à fixer une fois pour toute, dans la loi fédérale sur le travail, le principe de la rémunération des pauses d'allaitement* »[296]. La garantie d'un congé de maternité de 14 semaines aux travailleuses (art. 329*f* CO), depuis le 1er juillet 2005, assorti du versement d'allocations de maternité (art. 16*b*-*h* LAPG[297]), représente également une modification de la législation nationale sans laquelle il aurait été impossible à nos autorités de ratifier la Convention de l'OIT n° 183[298]. Dans un rapport du 15 juin 2000 concernant, notamment, la Convention de l'OIT n° 183 sur la protection de la maternité, le Conseil fédéral avait en effet indiqué que la Suisse n'était pas en mesure de ratifier cet instrument compte tenu qu'il n'existait, à cette époque, « *toujours ni assurance maternité, ni congé de maternité en Suisse* »[299].

Les instruments de l'OIT ont ainsi permis, à différents égards, d'intensifier la protection dont bénéficient les travailleurs en vertu du droit interne ; ce renforcement, qui peut

---

294 Rapport concernant la convention révisée sur la protection de la maternité et sur le retrait de cinq conventions (88e session de la Conférence internationale du Travail 2000) du 15 juin 2001, FF 2001 5601 (5602).

295 Initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » (Iv. pa 07.455 ; Liliane Maury Pasquier) déposée le 22 juin 2007.

296 Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité* » du 10 novembre 2011, FF 2012 1597 (1598).

297 Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

298 Modification de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG) du 3 octobre 2003, RO 2005 1429.

299 FF 2001 5601 (5602).

procéder d'amendements, soit du droit public de protection des travailleurs, soit du droit privé, s'accompagne d'une diminution de la liberté contractuelle.

5. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH), qui est entrée en vigueur le 28 novembre 1974 pour la Suisse[300], garantit des droits de l'homme et des libertés fondamentales auxquels la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) reconnaît un effet horizontal. Ainsi, la CrEDH a, à plusieurs reprises, considéré que si l'art. 8 CEDH, qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale, « *tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée* » ; ces obligations positives peuvent « *impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux* »[301]. Les obligations positives de l'Etat, qui découlent soit de l'art. 1er CEDH (les Etats « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* »), soit d'une disposition particulière (art. 8 CEDH, p. ex), permettent d'exiger une action de celui-ci dans le but de garantir la protection des droits consacrés par la Convention ; l'Etat est donc tenu de garantir « *un respect effectif des droits garantis dans les rapports interindividuels* »[302].

Bien que la CEDH « *porte sur des droits civils et politiques, non sur des droits sociaux* »[303] et ne contienne dès lors aucune disposition spécifiquement consacrée au droit du travail (l'art. 11 CEDH se limite à la liberté de réunion et d'association), la jurisprudence de la

---

300 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH), RS 0.101.

301 *Cf.*, notamment, CrEDH, aff. *Evans c. Royaume-Uni* (requête n° 6339/05), arrêt du 10 avril 2007, § 75 ; CrEDH, aff. *Odièvre c. France* (requête n° 42326/98), arrêt du 13 février 2003, § 40.

302 MOUTEL BÉATRICE, L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Thèse de doctorat : Droit Privé, Université de Limoges, Limoges 2006, p. 11. Cet ouvrage est disponible à l'adresse : http://epublications.unilim.fr/theses/2006/moutel-beatrice/moutel-beatrice.pdf (site consulté le 14/12/2015). Sur ce point, *cf.* également, PETERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Etudes de droit suisse n° 805, Staempfli, Berne 2014.

303 GREBER PIERRE-YVES, Le droit international de la sécurité sociale, in : KAHIL-WOLFF BETTINA/GREBER PIERRE-YVES, Sécurité sociale : aspects de droit national, international et européen, Dossiers de droit européen n° 14, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2006, pp. 95- 204, n° 252, p. 128.

CrEDH tend à une application des droits fondamentaux dans les relations de travail privées[304]. La CrEDH recourt en effet à des sources internationales et européennes autres que la CEDH pour justifier une extension des droits et libertés protégés par la Convention ; ces sources sont en outre susceptibles d'être prises en considération même si l'Etat défendeur ne les a pas ratifiées[305]. Dans l'affaire *Demir et Baykara contre la Turquie*[306], par exemple, la Cour a utilisé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[307], ainsi que l'art. 6 de la Charte sociale européenne révisée (droit de négociation collective)[308], disposition qui n'avait pourtant pas été ratifiée par la Turquie.

6. Les restrictions à la liberté contractuelle découlant du droit européen

Bien que la Suisse ne soit pas membre de l'Union européenne, le droit adopté par la seconde peut avoir une influence sur la législation de la première. Il arrive, en effet, que la Suisse adapte volontairement son droit afin de satisfaire aux standards de protection garantis au sein de l'Union européenne[309]. La loi fédérale sur la participation des

304 Sur l'incidence de la jurisprudence de la CrEDH sur le droit privé du travail, *cf.*, spécifiquement, la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, pp. 248-249.

305 *Cf.*, p. ex., CrEDH, aff. *Demir et Baykara c. Turquie* (requête nº 34503/97), arrêt du 12 novembre 2008, §§ 66-68 et 85-86 : étant donné que la CEDH est « *avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme* », qui a un « *caractère "vivant"* », la CrEDH doit l'interpréter en tenant compte de l'évolution des normes de droit national et international (interprétation évolutive). Les dispositions de la CEDH ne sauraient constituer « *l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient* ». Ainsi, lorsqu'elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la CEDH, la Cour « *peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes* ». Dans ce contexte, « *il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes […]* ».

306 CrEDH, aff. *Demir et Baykara c. Turquie* (requête nº 34503/97), arrêt du 12 novembre 2008.

307 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans sa version définitive du 12 décembre 2007, JO C 303 du 14 décembre 2007, pp. 1-16.

308 Charte sociale européenne révisée du Conseil de l'Europe du 3 mai 1996 (CSEr), STE 163.

309 Malgré le rejet de l'Arrêté fédéral sur l'Espace économique européen (EEE) du 9 octobre 1992 (FF 1992 VI 53) en date du 6 décembre 1992, la Suisse est en effet désireuse de rendre son ordre juridique eurocompatible (adaptation volontaire ou autonome du droit suisse au droit de l'UE). *Cf.* Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 ; Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté

travailleurs du 17 décembre 1993 (LPart), la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg) et les dispositions sur les transferts d'entreprises (révision de l'art. 333 CO et introduction d'un art. 333*a* CO) et les licenciements collectifs pour motifs économiques (révision des art. 336-336*a* CO et introduction des art. 335*d*-*g* CO)[310] constituent des adaptations volontaires du droit suisse au droit de l'Union européenne. Ces différentes lois ont en commun de limiter la liberté contractuelle des parties sur certains aspects.

L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)[311], qui lie la Suisse à l'Union européenne depuis le 1er juin 2002, a encore accru l'influence du droit européen[312]. Cet instrument, qui accorde un droit d'entrée et de séjour sur le territoire des parties contractantes, ainsi qu'un droit d'accès à une activité économique salariée et d'établissement en tant qu'indépendant, garantit que ces droits soient exercés dans les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux (*cf.* art. 1 ALCP), et prohibe formellement toute discrimination à raison de la nationalité (*cf.* art. 2 ALCP). L'art. 9 § 1 de l'Annexe I à l'ALCP précise qu'un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne saurait, sur le territoire d'une autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés « *en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage* ». Les clauses de conventions collectives ou individuelles ou d'autres réglementations collectives portant sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement, sont, au demeurant, nulles de plein droit, dans la mesure où elles prévoient ou autorisent des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs salariés non nationaux ressortissants des parties contractantes (*cf.* art. 9 § 4 Annexe I à l'ALCP).

Afin d'éviter que la libre circulation des travailleurs n'entraîne une sous-enchère salariale ou sociale, le législateur helvétique a assorti à l'ALCP des mesures d'accompagnement ;

---

fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (1204) : « *Bien que la Suisse ne puisse ratifier l'Accord EEE, elle doit s'efforcer de rendre son ordre juridique eurocompatible* ». Sur ce point, *cf.* également MAHON, L'évolution récente du droit du travail, pp. 12 et 14-15.

310 Modification du Code des obligations du 17 décembre 1993, RO 1994 804.

311 Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, JO L 114 du 30 avril 2002, pp. 6-63, RS 0.142.112.681.

312 Concernant l'influence du droit européen sur le droit suisse de protection des travailleurs, en particulier l'influence des mesures d'accompagnement des accords sectoriels, *cf.* MAHON, L'évolution récente du droit du travail, pp. 18-19.

dans ce cadre, il a notamment adopté, le 8 octobre 1999, la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét), qui règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger (art. 1 LDét). A cette occasion, les autorités se sont vu octroyer la compétence d'arrêter des salaires minima impératifs en cas d'abus (introduction des art. 360*a-f* CO) et la LECCT a été modifiée afin de permettre une extension facilitée du champ d'application des CCT en cas de sous-enchère abusive et répétée[313]. Avant l'adoption de la LDét, il n'existait, en Suisse, aucune norme générale permettant l'introduction de salaires minima, ni au niveau fédéral, ni à l'échelon cantonal[314] ; l'introduction de telles règles procède donc d'une « *influence directe du droit européen* »[315].

S'il est indéniable que le droit européen exerce des influences directes sur le droit privé du travail, qui peuvent mener à des restrictions de la liberté contractuelle, cette liberté peut également se trouver renforcée à certains égards[316]. Ainsi, l'ALCP a passablement facilité le recrutement des travailleurs de nationalité européenne ; la procédure est en effet considérablement simplifiée par rapport à celle applicable en cas d'engagement de travailleurs ayant la nationalité d'Etats tiers[317].

Nous relèverons encore que dans l'Union européenne, le droit européen exerce une influence plus forte qu'en Suisse, puisque les Etats membres sont tenus d'en appliquer les règles sur leur territoire. Les normes de droit européen peuvent ainsi limiter la liberté contractuelle. A titre d'exemples, des règles contraignantes existent en matière de temps

313 *Cf.*, les ch. 2 et 3 de l'Annexe à la loi fédérale sur les travailleurs détachés, FF 1999 7948.

314 Une loi fédérale, qui prévoyait la possibilité de fixer des salaires minima en général (loi fédérale portant réglementation des conditions de travail du 27 juin 1919, FF 1919 III 880), avait été rejetée en votation populaire au début du XX^{e} siècle. En 1954, le Tribunal fédéral avait jugé qu'une loi cantonale arrêtant des salaires minima contrevenait à la liberté du commerce et de l'industrie (ATF 80 I 155). Sur la question des salaires minima, *cf. supra*, C., 2.

315 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 19.

316 Sur l'incidence de l'ALCP sur le droit privé du travail, *cf.*, spécifiquement, la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, p. 250.

317 Sur ce point, *cf.* la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, p. 256.

de travail[318], de sécurité et de protection de la santé au travail[319], de protection des travailleuses en situation de maternité[320], ou encore de licenciement collectif[321].

D. Vers une « *désocialisation* » du droit privé du travail ?

Si le droit privé du travail a été marqué par un phénomène de « *socialisation* » dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle (*supra*, B.), puis par un mouvement de « *publicisation* » qui se manifeste encore actuellement (*supra*, C.), une tendance à la « *désocialisation* » du droit du travail paraît se dessiner depuis quelques années.

Nous illustrerons notre propos par deux exemples.

La première manifestation de ce processus de « *désocialisation* » du droit du travail que nous mentionnerons a trait au travail du dimanche. Si, dès l'origine, le droit public de protection des travailleurs (LFab 1877, LFab 1914/1919, puis LTr) a soumis la licéité du travail dominical à un régime d'exceptions, il semble, qu'actuellement, ce régime ait tendance à s'assouplir. Le régime du travail dominical applicable aux entreprises situées en région touristique et aux centres commerciaux répondant aux besoins du tourisme international a en effet été libéralisé récemment, en réponse à une motion déposée en ce sens le 26 septembre 2012[322]. Cette libéralisation a été introduite avec effet au 1^er^ avril 2015[323], par le biais d'un amendement de l'art. 25 OLT 2[324], suite auquel le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a édicté une ordonnance, qui renferme la liste des centres commerciaux autorisés à employer des travailleurs le

318 Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299 du 18 novembre 2003, pp. 9-19.

319 Directive 89/391/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail du 12 juin 1989, JO L 183 du 29 juin 1989, pp. 1-8.

320 Directive 92/85/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail du 19 octobre 1992 (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), JO L 348 du 28 novembre 1992, pp. 1-7.

321 Directive 98/59/CE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs du 20 juillet 1998, JO L 225 du 12 août 1998, pp. 16-21.

322 Motion « *Renforcer le tourisme suisse en adaptant l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail à ses besoins* » (Mo. 12.3791 ; Fabio Abate) déposée le 26 septembre 2012.

323 Modification de l'OLT 2 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs) du 18 février 2015, RO 2015 669.

324 Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ; OLT 2), RS 822.112.

dimanche sans autorisation[325]. Ce texte, qui est entré en vigueur le 1er août 2015, comprend, pour l'heure, deux centres commerciaux (le « *FoxTown Factory Stores* » à Mendrisio et le « *Designer Outlet* » à Landquart).

Un autre exemple de « *désocialisation* » du droit du travail a été mis en exergue suite à la détérioration du cours de l'euro ces dernières années. La décision de la Banque nationale suisse (BNS) d'abandonner le taux plancher du franc suisse face l'euro, qui est intervenue le 15 janvier 2015, a ouvert le débat sur la question de savoir si l'employeur pouvait dorénavant décider de verser les salaires en euros, d'indexer les salaires sur le cours de l'euro ou encore d'augmenter le taux de travail de ses salariés sans modifier le salaire en conséquence[326]. En réponse à deux motions, le Conseil fédéral a indiqué, en date du 16 septembre 2011, qu'il n'était pas souhaitable de promulguer une interdiction absolue du versement des salaires en euros, ajoutant que le cadre légal protège suffisamment les travailleurs puisqu'il « *pose déjà certaines limites aux mesures prises par l'employeur* »[327].

Ces deux illustrations indiquent que les mesures protectrices des employés introduites dans le droit privé du travail et dans le droit public de protection des travailleurs depuis la seconde moitié du XIXe siècle sont susceptibles de subir des restrictions.

IV. Les origines et l'évolution du droit public de protection des travailleurs

Bien que l'institution du contrat de travail remonte à l'époque romaine, le droit du travail, en tant que droit de protection des travailleurs, n'a fait son apparition que beaucoup plus tardivement. Dans son acception actuelle, le droit du travail est en effet une discipline relativement jeune, qui tire ses origines de la Révolution industrielle, phénomène qui a entraîné la nécessité de légiférer afin de protéger les intérêts de la masse ouvrière. La

---

325 Ordonnance du DEFR concernant la désignation des centres commerciaux répondant aux besoins du tourisme international visés à l'art. 25, al. 4, de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 13 juillet 2015, RS 822.112.2 (RO 2015 2403).

326 Sur ces questions, *cf.*, notamment, SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ?, in : Jusletter du 8 août 2011 ; TOBLER CHRISTA, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs, in : Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Dike, Zurich/St-Gall 2014, pp. 649-675.

327 Avis du Conseil fédéral du 16 septembre 2011 relatif aux Motions « *Interdiction des salaires en euros* » (Mo. 11.3534 ; Corrado Pardini) et « *Salaires payés en monnaie étrangère* » (Mo. 11.3608 ; Meinrado Robbiani) déposées les 15 et 16 juin 2011.

législation protectrice des travailleurs, qui représente l'« *élément sur lequel le droit du travail a greffé ses premières normes* »[328], est donc un produit du XIX^e^ siècle. Il s'agit d'un domaine où la Suisse a été à l'avant-garde[329].

En réponse à l'industrialisation et aux abus qui en ont découlé pour la main-d'œuvre, les cantons ont adopté, dès le milieu du XIX^e^ siècle, des normes de politique sociale protectrices de la classe ouvrière. Dès que la compétence législative en la matière lui a été attribuée (*cf.* art. 34 al. 1 aCst. 1874), la Confédération a légiféré sur le travail dans les fabriques (loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, LFab 1877). La LFab 1877, qui est l'ancêtre de la loi fédérale sur le travail (LTr) que nous connaissons actuellement (*infra*, A., 2., b) et B., 2.), a représenté la première intervention de la Confédération dans les relations entre ouvriers et employeurs. Il s'agissait d'une loi de droit public, qui régissait la protection de la santé des travailleurs, ainsi que la durée du travail et du repos ; la loi contenait également certaines prescriptions de droit privé, dans le domaine de la cessation des rapports de travail ou du versement des salaires, par exemple. A la même époque, le législateur fédéral s'est également préoccupé des travailleurs occupés dans des entreprises de transport et de communications (ainsi, la loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872, qui consacrait le droit des fonctionnaires et employés des chemins de fer de bénéficier d'au moins un dimanche de libre sur trois ; *infra*, A., 2., d)).

Suite à l'introduction, le 5 juillet 1908, d'un art. 34*ter* dans la Constitution de 1874 (*supra*, II., B., 2.), qui autorisait la Confédération à statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers, la législation fédérale s'est étendue aux travailleurs occupés en dehors des fabriques (adoption de la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922, notamment).

Le 6 juillet 1947 la Confédération s'est vu attribuer une compétence législative générale en matière de protection des employés et ouvriers (modification de l'art. 34*ter* aCst. 1874 ; *supra*, II., B., 2.). La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), entrée en vigueur le 1^er^ février 1966, a réalisé la codification des différentes lois de protection existantes en une loi unique ; cette loi garantissant une protection quasi universelle aux travailleurs, rares sont en effet désormais les lois spéciales en matière de protection des travailleurs (la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports

---

328 EICHHOLZER, Aperçu, pp. 204 et 210. *Cf.* également BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 281 : « *C'est en tant que droit de protection des travailleurs que le droit du travail a pris naissance* ».

329 *Cf.* LAVOLLÉE, Tome second, p. 13 : « *La Suisse est de toutes les nations de l'Europe, celle qui, la première, a fait l'expérience, d'abord partielle, aujourd'hui générale, d'une législation industrielle, réglementant non seulement le travail des enfants, mais encore celui des adultes dans les fabriques* ».

publics du 8 octobre 1971, p. ex.). L'élaboration de la LTr et la révision du Code des obligations de 1971 ont également réalisé le transfert, dans le CO, des prescriptions de droit privé contenues jusqu'alors dans les lois fédérales de protection des travailleurs.

S'il est incontesté, qu'à l'origine, la Suisse a tenu un rôle de « *leader* » dans l'élaboration de la législation protectrice des travailleurs, elle a, par la suite, perdu sa position d'avant-gardiste ; le droit suisse est en effet largement marqué du « *sceau du libéralisme* » et le développement de la protection des travailleurs aux XX^e^ et XXI^e^ siècles se limite essentiellement à une adaptation du droit suisse aux standards de protection garantis par les Etats voisins et, en particulier, aux règles prescrites par l'Union européenne (*supra*, III., C., 6.)[330]. L'adoption de l'art. 3*a* LTr, qui, avec effet au 1^er^ mai 1994, a réalisé une extension du champ d'application personnel des dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) à des travailleurs jusqu'alors exclus de toute application de la LTr, résulte, par exemple, de l'influence européenne[331].

L'objet du présent Titre consistera à rechercher les origines de la législation protectrice des travailleurs (*infra*, A.) et à retracer son évolution (*infra*, B.).

A. Les origines du droit public de protection des travailleurs

S'il est vrai que la naissance de la législation protectrice des travailleurs, en tant que législation poursuivant un but de politique sociale, est intervenue en réponse à la Révolution industrielle et aux abus qui en ont découlé pour les travailleurs (*infra*, 2.), il serait trop hâtif d'affirmer que les travailleurs étaient dépourvus de toute protection sous l'Ancien Régime. Dès la seconde moitié du XVII^e^ siècle, en effet, des réglementations cantonales ont contenu des normes offrant une certaine protection aux travailleurs (*infra*, 1.).

330 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, pp. 11-12 et 14-15.

331 Les exemptions partielles, conformément auxquelles seules les dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) sont applicables (art. 2 al. 1, art. 3 et 3*a* LTr), ont en effet été introduites avec effet au 1^er^ mai 1994, date de l'entrée en vigueur de l'art. 3*a* LTr. En conférant une protection de la santé aux travailleurs occupés dans des secteurs jusqu'alors totalement exclus de la LTr, il s'agissait d'adapter le droit suisse au droit européen. *Cf.* Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035. *Cf.* aussi FF 1993 I 757 (818) ; Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506 (642-648).

1. Les mesures protectrices adoptées sous l'Ancien Régime

Sous l'Ancien Régime (c'est-à-dire, avant 1798), la société se distinguait par son caractère artisanal et agricole. Les activités économiques s'exerçaient principalement en famille, au domicile du ménage, endroit qui servait aussi bien de lieu de travail que de lieu de vie, le foyer étant à la fois « *un lieu de production et d'assistance*»[332]. Les membres de la communauté étaient soumis à la puissance et à la protection (« *Munt* ») du chef de famille[333]. Ce dernier était en général responsable des actes des personnes qui dépendaient de lui et il se devait d'offrir une protection particulière en cas de maladie et de vieillesse[334].

Le travail à domicile « *n'appelait […] pas en soi de protection des travailleurs* »[335] et les rares interventions législatives dans ce domaine, qui étaient l'œuvre des cantons[336], avaient pour but de réguler l'économie, par la fixation de salaires minima et la prohibition du paiement en marchandises. De petites industries artisanales existaient également en Suisse depuis le milieu du XII^e^ siècle ; il s'agissait essentiellement d'industries actives dans le secteur textile, gérées par des marchands[337].

Dès la seconde moitié du XVII^e^ siècle, certaines législations cantonales ont conféré un semblant de protection aux travailleurs. Il ne s'agissait toutefois pas encore de lutter contre les abus dont les travailleurs étaient victimes, mais bien plutôt de réguler l'économie, par

---

[332] MONNEY TATIANA, Les premiers pas de l'assurance maternité : tout au plus une assistance coordonnée, Aspects de la sécurité sociale (ASS) : bulletin de la FEAS, n° 4-2003, pp. 2-10, p. 2. *Cf.* aussi RAPPARD, p. 104 : le travail se faisait « *presque partout en famille, à domicile et à la campagne* ». Il s'agissait d'une économie « *ancienne* », « *traditionnelle* » ou « *préindustrielle* », par opposition à l'économie « *industrialisée* » qui lui a succédé.

[333] CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 69-70 : « *Für eine ältere Zeit ist Schutz der Arbeitnehmer stark mit dem Begriff der Munt, der umfassenden hausväterlichen Gewalt verknüpft. Arbeitnehmer, die unter dem gleichen Dache wohnen, wie der Arbeitgeber, stehen unter dessen Munt […]. Die Munt begründet zusammen mit dem Dienstvertrag nicht nur Treueverpflichtungen des Dienstnehmers, sondern auch Schutz- und Fürsorgepflichten des Hausvaters* ». Le terme « *Munt* » (haut allemand), issu de la « *manus* » romaine, signifiait la main, la protection ou encore la tutelle. Sur ce point, *cf.* DE SIVERS FANNY, La main et les doigts dans l'expression linguistique, Fasc. 2. Actes de la Table Ronde Internationale du CNRS, Sèvres, 9-12 septembre 1980, SELAF, Paris 1981, p. 243.

[334] CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 70 : « *Im Zusammenhang mit der Muntidee steht auch die Haftung des Dienstherrn für den Dienstnehmer. […]. Die Muntidee umfasste auch Schutz des Arbeitnehmers bei Krankheit und Alter* ».

[335] GROBÉTY, pp. 14, 23, 25 et 27-30.

[336] BIUCCHI, p. 10 : « *Switzerland up to 1848 appeared as a little mosaic of tiny states* » ; SOMMER, p. 11 : *« So war die Schweiz noch im 18. Jahrhundert eine äusserst lokkeres politisches Gebilde von dreizehn weitgehend selbständigen Kantonen, die keine gemeinsame Verfassung, Regierung und Verwaltung, sondern nur die periodischen Zusammenkünfte ihrer Vertreter auf der Tagsatzung kannten* ».

[337] Concernant les structures industrielles de la Suisse avant la Révolution industrielle et leur développement jusqu'en 1798, *cf.* BERGIER, pp. 21-75.

l'adoption de prescriptions dans le domaine de la détermination des salaires (fixation de salaires minima et interdiction du paiement en marchandises ou « *truck system* », notamment)[338]. Le début du XVIII^e^ siècle a été marqué par l'élaboration d'une législation protectrice des jeunes travailleurs, qui tendait à empêcher que le travail ne se fasse au détriment de leur instruction (*infra*, a)). Dans la seconde moitié du XVIII^e^ siècle, quelques cantons et communes ont également légiféré afin d'accorder un début de protection aux travailleurs contre les inconvénients de la maladie ou du chômage (*infra*, b)).

La question de la limitation de la durée du travail et de l'interdiction du travail de nuit ne sera abordée qu'avec l'apparition des fabriques et du machinisme, lors de la Révolution industrielle[339]. Il faudra en effet attendre le XIX^e^ siècle pour que de véritables normes de politique sociale protectrices de la classe ouvrière fassent leur apparition (*infra*, 2.).

Les mesures protectrices adoptées sous l'Ancien Régime sont tombées en désuétude à la fin du XVIII^e^ siècle[340], lors de la substitution de la République Helvétique[341], libérale et unitaire, à l'Ancienne Confédération[342].

a) La protection des jeunes travailleurs

Le canton de Zurich a été le premier à promulguer une ordonnance axée véritablement sur la protection des travailleurs et non uniquement sur la régulation de l'économie[343]. Cette ordonnance (« *Mandat wegen dem Rastgeben* »[344]), adoptée le 27 mars 1779, posait un

---

338 Ces ordonnances ont été abordées dans la partie consacrée à l'évolution du droit privé du travail, *supra*, III., A., 2.

339 *Cf.* GROBÉTY, pp. 37-38. Cet auteur rapporte qu'avant la Révolution industrielle, un seul texte légal avait fixé des limites au travail du soir et de la nuit. Il s'agissait d'une Ordonnance du Conseil de Zurich du 15 septembre 1679, qui prescrivait « *que les peigneurs de laine, occupés à ce moment à l'intérieur seulement de la ville ne commençassent pas le travail avant matines, et qu'ils finissent le soir au moment où les cloches donnaient le signal de la fermeture des portes* ».

340 GROBÉTY, p. 39 : « *Cette tourmente révolutionnaire emporta avec elle toutes les législations protectrices du travail issues de l'Ancien Régime. Celles-ci ne furent pas formellement abrogées : elles se turent par le simple fait que les nouveaux gouvernants de la République Helvétique ne les appliquèrent plus ni ne les renouvelèrent* ».

341 La République Helvétique, créée le 12 avril 1798, a été dissoute le 10 mars 1803, par l'Acte de Médiation. A cette date, la Suisse est redevenue une Confédération d'Etats (composée de 19 cantons). Concernant l'histoire de la Suisse, *cf.*, p. ex., MICHAUD GEORGES, Histoire de la Suisse, Manuels d'histoire à l'usage de l'enseignement secondaire, Payot, Lausanne 1947.

342 A la fin du XVIII^e^ siècle, l'Ancienne Confédération comprenait 13 cantons souverains.

343 *Cf.* LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XVI-XVII ; SIGG, p. 10 : « *Cette ordonnance peut être regardée comme le premier document d'une protection du travail proprement dite* ».

344 Le terme de « *Rastgeben* » est « *une expression dialectale intraduisible, née d'une coutume qui s'était répandue durant le XVIIIème siècle dans l'industrie à domicile du canton de Zurich, par laquelle les enfants d'un certain âge, qu'ils habitent chez leurs parents ou chez d'autres personnes, devaient payer*

cadre strict au travail des jeunes gens dans l'industrie textile[345]. Afin d'éviter tant l'absence d'instruction, qu'une émancipation trop précoce de la jeunesse, l'ordonnance consacrait une interdiction absolue du travail des enfants en âge d'aller à l'école obligatoire[346] et subordonnait la licéité du travail des enfants en âge de quitter l'école obligatoire mais n'ayant pas encore atteint l'âge de la confirmation[347] (enfants âgés entre 9 et 18 ans environ), à la condition que le travail fût accompli chez leurs parents ou dans leur entourage. L'exécution de cette ordonnance incombait aux autorités ecclésiastiques.

b) La protection contre les conséquences de la maladie ou du chômage

Dès la seconde moitié du XVII^e^ siècle, différents cantons ont légiféré afin de garantir une protection matérielle aux travailleurs en cas de maladie ou de chômage.

Ainsi, une ordonnance bâloise du 31 décembre 1788 a introduit une caisse de secours contre le chômage en faveur des ouvriers de l'industrie rubanière. Cette institution, qui servait des prestations en espèces aux ouvriers qui se retrouvaient sans travail, était financée par des prélèvements sur les salaires versés aux ouvriers. La caisse de secours bâloise a en quelque sorte représenté « *un embryon d'assurance-chômage* »[348].

En Suisse, des sociétés de secours fonctionnant selon le principe de la mutualité (caisses de secours mutuels)[349] ont vu le jour dès le début du XIX^e^ siècle[350]. Il s'agissait d'une

---

leur pension (logement et nourriture) par une certaine quantité de travail. Dès que, par ce travail, les enfants avaient, estimait-on, mérité leur subsistance, ils avaient la liberté soit d'interrompre leur labeur et de se reposer (Rast = repos), soit de le continuer, l'argent leur étant alors acquis pour leur propre compte et profit ». *Cf.* GROBÉTY, p. 31.

345 Sur le « *Mandat wegen dem Rastgeben* » zurichois du 27 mars 1779, *cf.* GROBÉTY, pp. 31-35 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XVI-XVIII ; LANDMANN, Geschichte, pp. 409-411 ; SIGG, pp. 10-11.

346 Le Règlement pour l'enseignement dans les écoles de la campagne zurichoise du 26 octobre 1778 (Erneuerte Schul- und Lehr-Ordnung für die Schulen der Landschaft Zürich vom 26. Weinmonat 1778) n'indiquait pas à quel âge il était permis de quitter l'école obligatoire ; ce texte se bornait à mentionner que le programme d'enseignement obligatoire comportait quatre années et que l'âge d'entrée à l'école dépendait de la date à laquelle les parents déposaient une demande d'inscription. Ainsi, par exemple, un enfant commençant l'enseignement à l'âge de 5 ans était libre de quitter l'école obligatoire dès l'âge de 9 ans. Sur ce point, *cf.* GROBÉTY, pp. 33 et 35 et nbp 29.

347 L'âge de la confirmation correspond à l'âge d'admission à la Sainte-Cène.

348 BABEL, p. 37. *Cf.* aussi CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, p. 71 ; GNAEGI, pp. 25-26.

349 ERNI, p. 5 : ces associations ou « *Hifskassen* » permettaient de transférer et de partager les risques individuels susceptibles de frapper chacun des membres sur l'entier de la communauté. *Cf.* également GRUNER, p. 1000, qui parle de « *friendly societies* ».

350 Pour une étude détaillée du système mis en place par les caisses de secours mutuels, *cf.* BÖHMERT, vol. II, pp. 175-230 ; GRUNER, pp. 1000-1024 ; LAVOLLÉE, Tome second, pp. 141-148 ; SOMMER, pp. 57-64 et 69-70.

« *forme volontaire de prévoyance* »[351], réalisée par la création de caisses ouvrières de secours mutuels (« *Arbeiterhilfskassen* »), qui avaient la particularité d'être indépendantes, de ne pas poursuivre de but lucratif et de fournir, contre paiement d'une cotisation, des prestations en argent à ceux de leurs membres qui se retrouvaient empêchés de percevoir leur salaire[352]. Des caisses d'entreprises (ou caisses de fabriques ; « *Betriebskassen* », « *Fabrikkassen* »), fondées par des propriétaires de fabriques afin de garantir une certaine protection à leurs employés, ont également fait leur apparition, dès le milieu du XIX[e] siècle[353]. La mise en place d'un tel système résultait du constat fait par les patrons que s'ils protégeaient leurs employés, ces derniers travailleraient mieux et la productivité de leurs entreprises ne pourrait que s'améliorer[354]. Les caisses de fabriques, qui fonctionnaient selon les mêmes principes que les caisses ouvrières, servaient des prestations aux travailleurs qui y avaient droit, sous la forme d'une somme ou d'une indemnité journalière ; certaines allaient jusqu'à garantir le versement d'une partie ou de l'entier de leur salaire aux travailleuses pendant 6 semaines en cas d'accouchement[355]. Etant donné, cependant, que la gestion des caisses d'entreprises ne reposait que sur le bon vouloir des employeurs, il n'était pas rare que les caisses fussent vides et que les employés ne perçussent aucune prestation[356]. Les caisses de secours mutuels (aussi bien les caisses ouvrières que les caisses de fabriques) ont été les précurseurs des assurances sociales (« *Vorläuferinstitutionen der Sozialversicherung* »)[357].

---

351 GNAEGI, p. 36.

352 *Cf.* EICHHOLZER, Aperçu, pp. 202 et 212 ; KNÜSEL/ZURITA, pp. 61-67.

353 *Cf.* BÖHMERT, vol. II, pp. 175-176 ; ERNI, p. 5 ; KNÜSEL/ZURITA, p. 64.

354 BÖHMERT, vol. II, p. 177 ; ERNI, p. 5 ; KNÜSEL/ZURITA, p. 64 : la mise en place de caisses d'entreprise était, pour les patrons, « *plus un moyen d'améliorer leurs avantages directs ou indirects qu'une action bienveillante à l'égard de l'ouvrier* ».

355 BÖHMERT, vol. II, pp. 176-177 : « *Als man in dem Hause von Dollfuss, Mieg & Comp. in Mülhausen die Einrichtung getroffen hatte, Arbeiterfrauen vor und nach ihrer Niederkunft 6 Wochen von der Fabrikarbeit zu befreien, ihnen jedoch während dieser Zeit den vollen Lohn aus einer solchen Hülfs- und Verischerungskasse auszuzahlen, ergab sich im Jahre darauf, dass etwa 30 Kinder von Arbeitern der Fabrik weniger gestorben und die Frauen um so viel gesunder und arbeitsfähiger geblieben waren* ».

356 *Cf.* ERNI, p. 8 ; SOMMER p. 59.

357 KÖHLER PETER A., Entstehung von Sozialversicherung – Ein Zwischenbericht, in : Hans F. Zacher (Hrsg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung : Colloquium der Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 3, Duncker & Humblot, Berlin 1979, pp. 19-88, pp. 57-59. *Cf.* aussi SOMMER, p. 57.

2. Les mesures protectrices adoptées en réponse à la Révolution industrielle

La Révolution industrielle (1798-1848)[358] a engendré une « *transformation* », un « *bouleversement* »[359] de la situation socio-économique (il s'agit d'une véritable « *rupture* » avec le passé[360]), le travail dans la fabrique (c'est-à-dire le machinisme) se substituant au travail à domicile[361]. La classe ouvrière (ou prolétariat industriel) est née de la Révolution industrielle[362]. La situation sociale des ouvriers était « *pitoyable* », leurs conditions d'existence effroyablement difficiles et l'espérance de vie ne dépassait pas 25 ans[363]. Cette époque était caractérisée par le règne de la « *loi d'airain* » : les ouvriers ne gagnaient que le strict minimum leur permettant à peine d'assurer leur survie[364], de sorte qu'hommes, femmes et enfants devaient travailler pour assurer la subsistance de la famille[365]. On assistait à la paupérisation des couches ouvrières de la population ; les

---

358 RAPPARD, p. 108 : « *Il est impossible de déterminer avec précision la date du commencement et de la fin d'un phénomène aussi complexe que la révolution industrielle, mais il est certain qu'en Suisse ses manifestations les plus significatives, dans l'ordre économique, se produisirent entre 1798 et 1848* ». *Cf.* aussi BAIROCH, vol. I, pp. 220-222 et 390-392 : la Révolution industrielle a commencé entre 1740 et 1760 en Angleterre et, entre 1770 et 1810 dans les Etats « *précocement industrialisés* » dont faisait partie la Suisse ; BIUCCHI, pp. 6-7 : la Révolution industrielle a eu lieu en Grande-Bretagne entre 1780 et 1830 et, en Suisse, entre 1798 et 1830.

359 BABEL, p. 12. *Cf.* aussi RIOUX, p. 7 : « *[…] tous les domaines de la vie sont transformés : travail quotidien, mentalités, cultures* ».

360 BAIROCH, vol. I, p. 87 ; BAIROCH, vol. II, p. 9 : le XIX^{e} siècle représentait le « *siècle-charnière* » de l'histoire économique et sociale car il a marqué la « *transition entre le monde traditionnel (que le XVIII^{e} siècle était encore) et le monde développé (que sera le XX^{e} siècle)* » ; BERGIER, p. 15 : « *Il est évident que la révolution industrielle marque un tournant dans l'histoire des hommes tel que celle-ci en a peu connu. On est donc bien en droit de parler d'une discontinuité, d'une rupture, d'un nouveau départ […]* » ; BERRA, n° 127, p. 129 ; GROBÉTY, p. 14 ; ERNI, p. 2.

361 SOMMER, p. 14 : « *[…] fiel die alles umwälzende Entwicklung der Mechanisierung der Baumwollspinnerei und damit der Uebergang von der Hand- zur Maschinenarbeit und von der Heim- zur Fabrikarbeit zusammen* ».

362 BAIROCH, vol. I, p. 619 : la classe ouvrière est le « *fruit* » de la Révolution industrielle ; BERRA, n° 128 p. 130 ; RIOUX, p. 170 : « *La misère ouvrière […] est une sorte de loi naturelle du capitalisme en expansion* ».

363 EICHHOLZER, Aperçu, p. 203. *Cf.* aussi BAIROCH, vol. I, p. 365. Concernant l'influence néfaste exercée par le travail dans les fabriques sur le développement psychique des ouvriers et ouvrières, *cf.* SCHULER FRIDOLIN, Über den Einfluss der Fabrikarbeit auf die geistige Entwicklung der Arbeiterschaft, in Zeitschrift für Socialwissenschaft, n° 6-1903, pp. 15-29.

364 BAIROCH, vol. I, p. 365 : la loi d'airain est « *une loi économique empêchant les salaires de s'élever au-dessus du niveau correspondant à peu près au niveau de subsistance* » ; BÖHMERT, vol. I , p. 47.

365 TSCHUDI, Geschichte, p. 3.

ouvriers devenaient les nouveaux esclaves des Temps modernes[366]. La doctrine économique libérale d'Adam Smith, qui prônait la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que le libre-échange et la libre concurrence afin de « *stimuler l'initiative individuelle* »[367], s'opposait à toute intervention étatique (doctrine du « *laisser-faire, laisser-passer* »[368]) ; elle était donc « *néfaste* » à la classe ouvrière, qui subsistait à grand-peine et « *n'était aucunement protégée* » contre les abus « *intolérables* » et « *criants* » dont les patrons se rendaient coupables[369]. Les conditions de travail des ouvriers dépendaient en effet exclusivement de la volonté de leurs employeurs puisque, à cette époque, l'Etat n'avait pas encore la possibilité d'intervenir dans les relations de travail en adoptant des prescriptions de droit public[370].

La période qui a suivi la Révolution industrielle a été caractérisée par l'élaboration des premières règles de droit, cantonal puis fédéral, de protection ouvrière. La Révolution industrielle a ainsi entraîné la naissance du droit du travail[371], l'émergence des fabriques

---

366 Sur les notions de « *paupérisation* » et de « *paupérisme* », *cf.* Le Nouveau Petit Robert de la langue française (édition 2009), *ad* « *paupérisation* » et « *paupérisme* » : la paupérisation qualifie un « *abaissement continu du niveau de vie* », une « *diminution absolue du pouvoir d'achat (paupérisation absolue)* » ou un « *appauvrissement relatif d'une classe sociale, par rapport à l'ensemble de la société (paupérisation relative)* », le paupérisme est un « *état permanent de pauvreté, d'indigence dans une partie de la société* » ; MERRIEN FRANÇOIS-XAVIER, Paupérisme, in : Jean-Pierre Fragnière/Roger Girod (éds), Dictionnaire suisse de politique sociale, 2e éd., Lausanne 2002, pp. 228-229 : le paupérisme apparaît au début du XIXe siècle et désigne « *une nouvelle forme de pauvreté : non une pauvreté individualisée ou liée à des circonstances exceptionnelles comme de mauvaises conditions climatiques, mais une pauvreté de masse apparemment liée de manière inéluctable avec le développement de l'industrialisation et de la richesse* » ; SOMMER, pp. 22-23 et 65 : la pauvreté ouvrière (« *Massenarmut* », « *Pauperismus* ») a atteint son point culminant entre 1840 et 1860.

367 GNAEGI, p. 32.

368 KNÜSEL/ZURITA, p. 69 ; GROBÉTY, pp. 49-51 qui parle de « *l'abstentionisme étatique* ». *Cf.* aussi SOMMER, pp. 24-25 : « *die Theorie der staatlichen Nicht-intervention* » ; TSCHUDI, Geschichte, p. 3 : « *Die Arbeit galt als Ware, deren Preis durch die Marktgesetze bestimmt wurde. Die Regelung der Arbeitsbeziehungen erfolgte auf rein individualistischer Basis. Der frei vereinbarte schuldrechtliche Arbeitsvertrag war blosser Schein ; in Wirklichkeit diktierte der Arbeitgeber einseitig die Arbeitsbedingungen. Infolgedessen war die Lage der Arbeiterschaft so schlecht, wie man sich dies heute kaum noch vorstellen kann* ».

369 BAIROCH, vol. I, p. 618 qui parle du « *martyre* » de la classe ouvrière ; MEYER, p. 10. Sur les abus dont la classe ouvrière était victime, *cf.* GROBÉTY, pp. 43-48 ; RIOUX, pp. 170-185 ; SIGG, pp. 13-16.

370 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 6 : « *Selon le point de vue libéral, la protection du travailleur résidait dans sa liberté de ne pas conclure un contrat de travail qui lui était défavorable. Les travailleurs ne disposant toutefois pas de réserves, ils étaient contraints d'accepter les conditions qui leur étaient offertes* ».

371 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 9 ; MEYER, p. 10 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 6 : « *Le droit du travail en général, mais tout particulièrement la législation protectrice, est un produit de l'industrialisation* ».

en Suisse, dès le début du XIX^e siècle, ayant véritablement marqué les balbutiements de la législation ouvrière[372]. C'est en effet en réponse à l'industrialisation et aux abus qui en ont découlé, que les cantons ont élaboré, dès le milieu du XIX^e siècle, des normes de politique sociale protectrices de la classe ouvrière (*infra*, a))[373]. Suite à l'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, qui a attribué à la Confédération la compétence législative en matière de droit ouvrier (*cf.* art. 34 al. 1 aCst. 1874), une loi fédérale sur le travail dans les fabriques a été votée par le Parlement en date du 23 mars 1877 (LFab 1877 ; *infra*, b)). Le droit fédéral a également protégé les travailleurs occupés dans le secteur de la fabrication d'allumettes (*infra*, c)) et dans les entreprises de transport et de communications (*infra*, d)). Les cantons demeuraient compétents pour compléter la protection offerte à l'échelon fédéral, et pouvaient, en particulier, étendre la protection dont bénéficiaient les ouvriers de fabrique, aux travailleurs occupés en dehors de tels établissements (*infra*, e)).

Différents facteurs ont contribué au développement de la législation protectrice des travailleurs : d'une part, les doctrines interventionniste[374], syndicale[375] et socialiste[376] ont

---

372 BABEL, p. 14 : « *La législation du travail est […] une conséquence directe de l'introduction généralisée du machinisme* » ; MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 9 ; MARX KARL, Das Kapital : Kritik der politischen Ökonomie, Livre I^er : Der Produktionsprozess des Kapitals, 12^e éd., Dietz Verlag, Berlin 1977, p. 504 : « *Die Fabrikgesetzgebung, diese erste bewusste und planmässige Rückwirkung der Gesellschaft auf die naturwüchsige Gestalt ihres Produktionsprozesses, ist, wie man gesehen, ebensosehr ein notwendiges Produkt der grossen Industrie, als Baumwollgarn, Selfactors und der elektrische Telegraph* » ; MEYER, p. 10 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 6 : « *Le droit du travail en général, mais tout particulièrement la législation protectrice, est un produit de l'industrialisation* » ; RAPPARD, pp. 13, 228 et 313 : « *la législation ouvrière est fille de la révolution industrielle. […]. La protection légale du travail en fabrique est, en effet, une des suites les plus directes, et non des moins importantes de l'avènement de la grande industrie. […]. Législation ouvrière au sens étroit et législation sur le travail en fabrique, ces deux expressions sont synonymes. Par définition donc, il ne pouvait y avoir de législation ouvrière en Suisse avant l'avènement de la fabrique* ». *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885 (886) : « *Si l'on excepte certains rudiments de réglementations, la législation sur la protection des travailleurs ne s'est développée en Suisse, comme dans les autres Etats industrialisés, qu'à partir du début du XIX^e siècle, en même temps que l'industrialisation* ».

373 Au sujet des « *abus criants* » dont la classe ouvrière a été victime dès l'apparition des fabriques et l'avènement du machinisme, et sur la nécessité d'adopter des mesures à caractère social, *cf.* GROBÉTY, pp. 43-48.

374 Sur le rôle interventionniste de l'Etat et ses limites, *cf.* LAVOLLÉE, Tome premier, pp. XXVI-XXXI.

375 Les premiers syndicats ont vu le jour durant la seconde moitié du XIX^e siècle. Concernant le syndicalisme, *cf.* BABEL, pp. 18-21, 32-33, 68-71, 101-111 et 158-163 ; BAIROCH, vol. II, pp. 453-455 ; GRUNER, pp. 504-521.

376 Le mouvement socialiste a pris son essor au cours de la première moitié du XIX^e siècle. Cette doctrine, œuvre de Karl Marx, soutient que la liberté économique, telle que prônée par le libéralisme, est néfaste

succédé au libéralisme qui régnait encore au début du XIX[e] siècle ; d'autre part, la Confédération a reçu des compétences dans le domaine social (*cf.*, notamment, art. 34 aCst. 1874) et les ouvriers ont obtenu des droits politiques (art. 42 aCst. 1848, art. 43 aCst. 1874)[377] ainsi que le droit d'association (art. 46 aCst. 1848, art. 56 aCst. 1874)[378].

a) Les premières législations cantonales de droit ouvrier

A partir du milieu du XIX[e] siècle, certains cantons ont adopté des normes de politique sociale protectrices de la classe ouvrière, domaine qui relevait, avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874, de leur compétence exclusive[379]. Ces mesures ont eu pour effet de restreindre la liberté individuelle et la liberté de commerce et de l'industrie[380].

car elle sert uniquement les intérêts d'un petit nombre d'individus ; l'Etat doit intervenir afin de réaliser la justice sociale. Concernant la doctrine socialiste, *cf.* GRIDAZZI MARIO, Die Entwicklung der sozialistischen Ideen in der Schweiz bis zum Ausbruch des Weltkrieges, Zurich 1935 ; GRUNER, pp. 405-504 ; VUILLEUMIER MARC, Le courant socialiste au XIX[e] siècle et ses idées sur la démocratie directe, in : Les origines de la démocratie directe en Suisse, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 163-189.

377 Concernant l'influence des droits politiques sur le développement de la législation ouvrière, *cf.* BABEL, pp. 15-17 et 80 : « *La forme du gouvernement est en relation étroite avec les progrès sociaux. Plus un pays avance dans la voie de la démocratie et plus rapide est l'évolution de sa protection ouvrière. […]. Armés de leur bulletin de vote, bénéficiant plus tard du référendum et du droit d'initiative, les travailleurs suisses ont pu intervenir directement dans le débat de la protection du travail* ». Cet auteur illustre ses propos par l'exemple du canton de Glaris qui a joué un rôle de pionnier en matière de législation ouvrière grâce à la démocratie directe (Landsgemeinde). *Cf.* aussi EICHHOLZER, Aperçu, p. 198 : « *Pour apprécier ce que notre droit du travail a établi en faveur du salarié, il faut avoir constamment présente à l'esprit la situation de celui-ci en tant que membre d'un peuple souverain. La question sociale n'a pas été résolue de haut en bas ; c'est le peuple lui-même qui a créé son droit du travail* » ; GRUNER, pp. 273-281 ; LAVOLLÉE, Tome premier, p. XVIII : grâce aux bulletins de vote, les ouvriers étaient « *maîtres de la législation* » ; SCELLE GEORGES, Le Droit ouvrier, 2[e] éd., Armand Colin, Paris 1929, pp. VI et 13 : le droit ouvrier vivait « *comme une institution née spontanément au sein des rapports sociaux* », il avait besoin de la participation de la classe ouvrière au pouvoir politique pour « *naître et se développer* ».

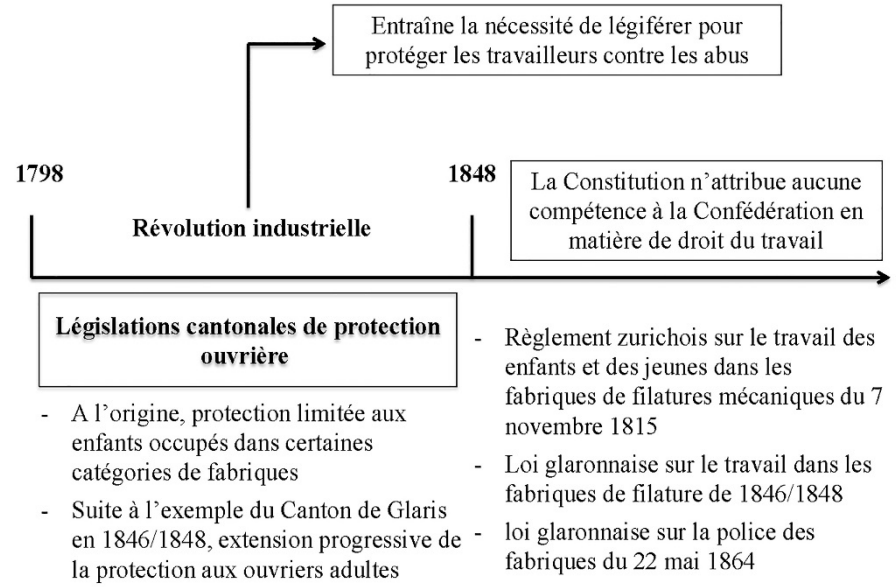
378 TSCHUDI, Geschichte, p. 5 : « *Gegen Mitte des 19. Jahrhunderts gewinnt die sich organisierende Arbeiterbewegung an Kraft und beeinflusst in erheblichem Masse die Arbeitsgesetzgebung* ».

379 Pour un aperçu de la législation cantonale ouvrière, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 72-121, qui reproduit les textes légaux et les commente. *Cf.* aussi LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XVIII-XXIII ; RAPPARD, pp. 307-310.

380 LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XVIII.

La législation ouvrière cantonale, qui a protégé en premier lieu la main-d'œuvre enfantine (*infra*, a)) et les femmes, s'est progressivement étendue à tous les ouvriers adultes (*infra*, b))[381].

Schéma 9 : La naissance et le développement du droit cantonal ouvrier



aa) La protection de l'enfant-ouvrier

La Révolution industrielle a entraîné la nécessité de légiférer pour protéger les enfants, qui se retrouvaient happés par le travail dans les fabriques et « *enlevés à l'école obligatoire* »[382]. Il devenait indispensable d'adopter des mesures afin d'empêcher que le

[381] GROBÉTY, pp. 115-116 : l'extension vers une « *emprise universelle de la loi sur tous les travailleurs de fabrique* » constituait un « *véritable tournant dans la conception du rôle politique et économique de l'Etat* » et marquait les « *premiers signes d'une infiltration étatique dans le monde de l'industrie, dans la liberté du travail, dans celle des contrats, dans les rapports qui régissent l'employé et l'employeur, dans la sphère individuelle jusqu'alors domaine réservé* » ; il s'agissait de la « *première atteinte au libéralisme économique spontanéiste, qui avait présagé une harmonie naturelle et nécessaire des choses et des hommes par les effets auto-régulateurs de leur libre concurrence* ».

[382] GROBÉTY, p. 14. *Cf.* aussi SIGG, p. 15 : les enfants étaient « *des petits malheureux* », qui « *travaillaient par équipes, jour et nuit, sans interruption aucune* ».

travail ne privât l'enfant de la possibilité d'aller à l'école et de s'instruire (« *protection de l'enfant ouvrier et écolier* », « *protection de l'enfance laborieuse* »[383]).

La première législation ouvrière protégeant les enfants en Europe a vu le jour à Zurich, canton qui, le 7 novembre 1815, a promulgué un règlement en la matière (« *Verordnung wegen der minderjährigen Jugend in den Fabriken überhaupt und in den Spinnmaschinen besonders vom 7. Wintermonat 1815* »)[384]. Ce règlement a été adopté suite à des enquêtes réalisées par les autorités scolaires, qui avaient démontré que le travail des enfants dans les fabriques se faisait au détriment de leur éducation (la fabrique constitue « *un élément perturbateur face au projet ou plan scolaire, car il empêche sa réalisation* ») ; il s'agissait ainsi d'instituer une « *protection de l'enfant-ouvrier, en raison de son obligation scolaire* »[385].

En régissant le travail des enfants et des jeunes dans les fabriques, en particulier dans les fabriques de filatures mécaniques, le règlement zurichois visait donc principalement (pour ne pas dire exclusivement) le secteur privé du travail. Le règlement comptait 7 articles. La mesure principale résidait dans l'interdiction d'employer des enfants âgés de moins de 9 ans révolus. Si les enfants mineurs (soit, les enfants n'ayant pas encore été admis à la Sainte-Cène, c'est-à-dire, en général, les enfants âgés de 15-16 ans au maximum) étaient autorisés à travailler dans les fabriques, le règlement limitait leur occupation à 12 ou 14 heures de travail quotidien et proscrivait le travail du dimanche et de la nuit (le règlement interdisait toute occupation avant 5 heures du matin en été, respectivement 6 heures du matin en hiver, mais ne précisait pas, toutefois, à partir de quelle heure le travail devait être considéré comme un travail de nuit) ; les enfants mineurs devaient en outre suivre des cours d'enseignement complémentaire et d'instruction religieuse[386]. Les autorités ecclésiastiques étaient chargées de l'exécution du règlement. Bien que le règlement zurichois de 1815 comportât « *les éléments essentiels et primordiaux d'une législation moderne de protection du travail* » (fixation d'un âge minimum d'admission, limitation de la durée maximale de la journée de travail et interdiction du travail de la nuit et du dimanche), représentant ainsi « *la toute première manifestation en Suisse, d'un droit ouvrier, voire l'inauguration d'un droit social, au sens moderne du terme* », il ne fut guère

383 GROBÉTY, pp. 14-15 et 37.

384 Concernant le règlement zurichois du 7 novembre 1815, *cf.* BABEL, pp. 76-77 ; BÖHMERT, vol. I, pp. 74-79 ; DÄLLENBACH, pp. 15-19 et 33-61 ; GROBÉTY, pp. 57-59 ; LANDMANN, Geschichte, p. 413 ; SCHIWOFF, pp. 16-20 et 22-31 ; WEIDMANN, pp. 40-47.

385 Sur la « *protection de l'enfant-ouvrier, en raison de son obligation scolaire* », *cf.* GROBÉTY, pp. 53-74 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XIX.

386 Si l'ordonnance zurichoise de 1815 se rapprochait du « *Mandat wegen dem Rastgeben* » de 1779 (*supra*, 1., a)), elle innovait en limitant la durée journalière de travail et en interdisant le travail de nuit et du dimanche.

appliqué[387]. Sa grande faiblesse résidait en effet dans l'absence d'un contrôle efficace et de sanctions dissuasives[388].

Le 22 décembre 1815, le canton de Thurgovie a adopté une ordonnance sur le travail des enfants, calquée sur le règlement zurichois ; tout comme ce dernier, l'ordonnance thurgovienne n'eut qu'une application restreinte[389].

Au vu du manque d'effets déployés par son règlement de 1815, le canton de Zurich ne tarda pas à légiférer à nouveau dans le domaine de la protection de l'enfant-ouvrier et il adopta, en date du 15 juillet 1837, un règlement sur l'emploi des enfants dans les fabriques[390]. Celui-ci comprenait 5 articles : il interdisait l'emploi des enfants n'ayant pas obtenu le certificat de sortie de l'école primaire (enfants de moins de 12 ans), limitait à 14 heures par jour l'occupation des jeunes âgés de moins de 16 ans et interdisait l'affectation de ceux-ci à du travail de nuit (travail entre 21 heures et 5 heures en été, respectivement entre 22 heures et 6 heures en hiver) ou du dimanche[391]. Si le règlement ne prévoyait aucune sanction, il instituait, en revanche, une commission de contrôle, composée principalement de maîtres d'école et d'ecclésiastiques[392].

---

387 GROBÉTY, p. 59.

388 A ce propos, GROBÉTY relève qu'il s'agissait plus d'une « *série de recommandations* » que d'une véritable loi (GROBÉTY, p. 59).

389 Verordnung des Kleinen Raths über Beschulung und Beaufsichtigung der bei den Arbeiten in Fabriken angestellten Kinder vom 22. Christmonat 1815. Sur l'ordonnance thurgovienne de 1815, *cf.* BABEL, p. 77 ; BÖHMERT, vol. I, pp. 102-105 ; GROBÉTY, pp. 59-61 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutz-gesetzgebung, p. XIX ; LANDMANN, Geschichte, p. 413 ; LECHNER, pp. 223-224 ; SCHIWOFF, p. 18.

390 Verordnung über die Beschäftigung der Kinder in den Fabriken vom 15. Heumonat 1837. Ce règlement venait compléter la loi scolaire du 28 septembre 1832 et la loi sur la police du dimanche du 20 octobre 1834 (« *Sonntagspolizeigesetz* »). Bien que n'interdisant pas formellement le travail des enfants dans les fabriques, la loi de 1832 arrêtait le nombre minimal d'heures de cours hebdomadaires que les enfants devaient suivre (entre 20 et 27 heures pour les enfants jusqu'à l'âge de 12 ans ; entre 3 et 6 heures pour les enfants âgés entre 12 et 15 ans), réaffirmant ainsi la nécessité de suivre l'école obligatoire ; les personnes empêchant les enfants de se rendre à l'école étaient passibles de sanctions pénales. Afin de contourner la loi scolaire de 1832, bon nombre de fabricants ont obligé les enfants à travailler le dimanche (le travail dominical permettait en effet de rattraper le travail non effectué en semaine compte tenu du nombre d'heures de cours obligatoires). Afin de lutter contre les abus, les autorités zurichoises ont adopté, en 1834, une loi sur la police du dimanche, qui proscrivait formellement le travail dominical des enfants ; les employeurs contrevenant s'exposaient à une amende de CHF 4.- à CHF 32.-. Au vu de la modicité du montant de l'amende, toutefois, l'interdiction du travail du dimanche ne fut que peu respectée. Au sujet des lois zurichoises de 1832 et 1834, *cf.* GROBÉTY, pp. 61-62 ; LANDMANN, Geschichte, p. 414 ; WEIDMANN, pp. 47-63.

391 Concernant le règlement zurichois de 1837, *cf.* GROBÉTY, pp. 62-69 ; LECHNER, pp. 212-223 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 6.

392 Sur les différentes lois cantonales adoptées dans le domaine de la protection de l'enfant-ouvrier dès 1830 (loi scolaire schaffhousoise du 20 décembre 1850 et loi saint-galloise sur les enfants de fabrique

Jusqu'au milieu du XIX[e] siècle, le but des mesures protectrices de l'enfant-ouvrier résidait dans la nécessité de permettre aux jeunes générations d'avoir accès à l'instruction ; autrement dit, la législation adoptée en la matière était un « *sous-produit de la législation sur l'instruction des enfants* »[393]. Ce n'est que par la suite que la protection de la main-d'œuvre enfantine a été « *reconnue et acceptée comme un problème en soi, libre de préoccupations scolaires ou autres* » ; il s'est alors agi de protéger l'enfant-ouvrier « *en raison des abus de la fabrique* », c'est-à-dire de protéger l'enfant dans son intégrité physique et psychique[394]. Les différentes lois cantonales adoptées dans ce domaine (loi zurichoise sur les conditions des ouvriers de fabrique du 24 octobre 1859[395], loi argovienne de police des fabriques du 16 mai 1862[396], loi de Bâle-Campagne sur la réglementation du travail en fabrique du 7 juin 1868[397] et loi schaffhousoise sur les fabriques du 22 avril 1873[398], notamment) avaient en commun de fixer un âge minimal d'admission au travail dans les fabriques (12 ou 13 ans, en général), de limiter la durée du travail des enfants âgés entre 12 et 16 ans (entre 6 et 13 heures de travail quotidien au maximum, selon les cantons) et d'interdire leur affectation à du travail de nuit ou du dimanche ou à des travaux insalubres[399] ; en outre, la violation des dispositions protectrices était généralement

du 8 juin 1853, notamment), *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 88-93 ; DÄLLENBACH, pp. 20-32 ; GROBÉTY, pp. 69-73 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XIX-XX ; SCHIWOFF, pp. 21-22.

393 GROBÉTY, pp. 69 et 73-74.

394 Au sujet de la protection de l'enfant-ouvrier « *en raison des abus de la fabrique* », *cf.* GROBÉTY, pp. 69 et 75-86 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XVIII-XXIII.

395 Gesetz betreffend die Verhältnisse der Fabrikarbeiter vom 24. Oktober 1859 ; Vollziehungs-Verordnung zum Züricher Fabrikgesetz vom 25. Februar 1860. La loi zurichoise innovait à deux égards : elle introduisait le règlement de fabriques, soit « *un élément de réglementation autonome propre à l'entreprise* » (*cf.* EICHHOLZER, Aperçu, p. 205), et encadrait de prescriptions la résiliation des rapports de travail. Bien qu'appartenant au droit public, la loi zurichoise contenait ainsi une norme de droit privé, consacrée à la fin des relations de travail. Le dualisme résultant de l'introduction de dispositions de droit privé régissant le contrat de travail dans une loi de droit public sera repris par le législateur fédéral lors de l'adoption de la loi fédérale sur les fabriques de 1877 (*infra*, b)). Au sujet de la loi zurichoise de 1859 et de son règlement d'application, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 74-79 ; DÄLLENBACH, pp. 15-19 et 33-61 ; SCHIWOFF, pp. 16-20 et 22-31 ; WEIDMANN, pp. 121-161.

396 Fabrikpolizeigesetz vom 16. Mai 1862 ; Vollziehungs-Verordnung zum Fabrikpolizei-Gesetz vom 10. Dezember 1862. Au sujet de cette loi, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 93-101 ; DÄLLENBACH, pp. 62-71 ; GROBÉTY, pp. 79-80 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXI ; LECHNER, pp. 236-239.

397 Gesetz betreffend Regulierung des Fabrikwesens vom 7. Juni 1868. Au sujet de cette loi, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 112-113 ; DÄLLENBACH, pp. 92-98 ; GROBÉTY, pp. 81-82 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXI ; LECHNER, p. 240.

398 Fabrikgesetz vom 22. April 1873. Sur cette loi, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 113-116 ; DÄLLENBACH, pp. 117-122 ; GROBÉTY, pp. 82-83 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXI ; LECHNER, pp. 242-244.

399 En raison des dangers encourus dans cette branche d'industrie, certains cantons ont légiféré spécifiquement sur le travail des enfants dans les fabriques d'allumettes phosphoriques (ainsi, p. ex.,

sanctionnée (amendes entre CHF 10.- et CHF 200.-) et l'exécution de la loi incombait à une commission chargée de l'inspection périodique des fabriques. En ce qu'elles réglementaient le travail dans les fabriques, les différentes lois cantonales étaient originairement destinées majoritairement au secteur privé du travail.

bb) La protection de l'ouvrier adulte

Il faudra attendre l'adoption de l'ordonnance glaronnaise sur le travail dans les fabriques du 14 janvier 1846 pour que des mesures destinées à la protection de l'ouvrier adulte soient adoptées[400]. Glaris a ainsi été l'inventeur de la législation ouvrière, en tant que législation s'adressant à tous les ouvriers, aussi bien mineurs que majeurs (*infra*, aaa)). Le canton de Bâle-Ville a suivi en 1869, en adoptant une loi sur les fabriques, calquée sur le modèle glaronnais (*infra*, bbb)).

A cette époque, Glaris et Bâle-Ville étaient les seuls cantons à disposer d'une législation générale de protection de la main-d'œuvre ouvrière[401]. Les cantons romands accusaient un net retard puisqu'au milieu du XIX^e^ siècle, aucun d'entre eux n'avait encore légiféré, ni sur la protection ouvrière générale, ni sur la protection de l'enfant-ouvrier[402].

---

la loi zurichoise du 11 mars 1847 a été la première à interdire l'emploi des enfants âgés de moins de 13 ans dans l'industrie des allumettes). Sur ce point, *cf.* GROBÉTY, pp. 83-85 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXII. Plusieurs lois fédérales ont ensuite successivement été adoptées dans le domaine de la fabrication et de la vente d'allumettes, dès la fin du XIX^e^ siècle ; il s'agissait de lois générales, qui régissaient le travail de toute personne employée dans l'industrie des allumettes, sans distinction ni d'âge, ni de sexe. Concernant la législation fédérale sur la protection des travailleurs occupés à la fabrication d'allumettes, *cf. infra*, c)). Sur la législation fédérale sur les fabriques (LFab 1877, puis LFab 1914/1919), *cf. infra*, b)).

400 GROBÉTY, pp. 69 et 87 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXI ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 6-7.

401 Plusieurs cantons ont essayé d'adopter des mesures protectrices de la classe ouvrière adulte, mais sans succès. Sur ce point, *cf.* GROBÉTY, pp. 87, 99 et 101-108 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XIX-XX. En particulier, le canton de Zurich a tenté de protéger les ouvriers adultes par l'adoption d'un code civil, qui contenait, à ses §§ 1876-1890 (consacrés au « *Lohndienstvertrag* »), des règles de droit privé sur la protection des travailleurs de fabriques ; un projet de loi sur le temps de travail dans les fabriques du 21 janvier 1870, contenant des règles de droit public sur le temps de travail des enfants et des adultes, a également été repoussé. Sur le projet de Code zurichois de 1853 (œuvre de Johann Caspar Bluntschli) et le projet de loi sur le temps de travail dans les fabriques de 1870, *cf.* GROBÉTY, pp. 101-104 ; WEIDMANN, pp. 105-112 et 178-182.

402 BÖHMERT, vol. I, pp. 200-201 : « *Erst die kleinere Hälfte der Kantone hat "Fabrikgesetze", die grössere Hälfte, darunter alle Kantone der industriellen französischen Schweiz, kennen gar keine derartigen Gesetze, was sich aus der Natur der dort betriebenen Industrien erklären mag* ». *Cf.* aussi BABEL, pp. 119-120.

Afin de coordonner et d'unifier leurs législations, certains cantons, ont entrepris, dès 1855, des démarches en vue de la conclusion d'un concordat intercantonal en matière de protection ouvrière ; le but premier du concordat était de maintenir une saine concurrence entre les cantons ayant légiféré dans le domaine de la protection ouvrière et ceux ne l'ayant pas fait (*infra*, ccc)).

aaa) L'œuvre du canton de Glaris

Afin de protéger les ouvriers et ouvrières, le canton de Glaris a adopté une ordonnance sur le travail dans les fabriques de filature le 14 janvier 1846 (« *Verordnung über das Arbeiten in den Spinnmaschinen* »)[403]. Cette ordonnance, qui a été érigée en loi, après avoir été approuvée par la Landsgemeinde en 1848 (« *Gesetz über das Arbeiten in den Spinnmaschinen* »), comptait 12 articles et fixait des prescriptions relatives au travail des ouvriers adultes dans les fabriques de filature[404]. Il s'agissait d'une première à l'échelon mondial[405]. La loi de 1846/1848 arrêtait l'âge d'admission au travail à 12 ans, fixait la durée maximale de la journée de travail à 14 heures, posait des conditions au travail de nuit et interdisait le travail dominical ; les contrevenants s'exposaient au paiement d'une amende (d'un montant compris entre CHF 35.- et CHF 70.-, dont la moitié revenait au plaignant) et l'exécution de la loi incombait aux propriétaires de filatures et à la police des mœurs et du feu. Si la loi glaronnaise de 1846/1848 a marqué le passage d'une législation protectrice de la main-d'œuvre enfantine à une législation générale de protection ouvrière, il n'en demeurait pas moins qu'elle ne s'adressait qu'aux seuls ouvriers occupés dans des filatures. Autre point faible, la loi ne prévoyait pas d'inspection périodique des filatures ;

403 L'ordonnance glaronnaise de 1846 n'est en réalité pas le premier texte à avoir régi aussi bien le travail des enfants que celui des adultes. Une ordonnance interdisant le travail de nuit (après 21 heures en été, respectivement 20 heures en hiver) des enfants et des adultes dans toutes les fabriques de filature avait été adoptée par les autorités glaronnaises en date du 28 janvier 1824. Cette ordonnance visait toutefois à limiter le risque d'incendie dans les fabriques ; il ne s'agissait donc pas à proprement parler d'une norme de protection des ouvriers et ouvrières. Sur l'ordonnance de 1824, *cf.* GROBÉTY, pp. 88-89 ; LANDMANN, Geschichte, p. 415 ; LECHNER, pp. 224-225 ; SCHIWOFF, pp. 18-19 ; WEBER, p. 171.

404 Cette loi ne s'appliquait qu'aux fabriques de filature et fixait la durée maximale de la journée de travail à 14 heures dans les filatures de coton et, dans les autres filatures, à 13 heures, respectivement à 11 heures en cas de travail de nuit (art. 2). Concernant la loi de 1846/1848, *cf.* BABEL, p. 78-80 ; BAUER, p. 492 ; GROBÉTY, pp. 89-93 ; HOBI, pp. 16-28 ; LANDMANN, Geschichte, p. 415 ; LECHNER, pp. 225-232 ; LEHNHERR, pp. 64-71 et 179-180 ; SCHIWOFF, pp. 20-21 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 7.

405 RAPPARD, pp. 304-305 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XIX-XX ; LAVOLLÉE, Tome second, p. 22 ; SCHIWOFF, pp. 20-21 : « *Was diesem Gesetz ein ganz besonderes Gepräge verlieh, "war die in Europa erstmalige Reglementierung der Arbeitszeit für erwachsene Fabrikarbeiter" (Die englischen Schutzgesetze von 1844 und 47 betrafen ausschliesslich nur Minderjährige und Frauen)* » ; SIGG, p. 17 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 6-7 ; WEBER, p. 171.

pour que les abus pussent être sanctionnés, encore fallait-il que les ouvriers s'en plaignissent[406].

La loi de 1846/1848 a été remplacée par la loi sur la police des fabriques du 22 mai 1864[407], adoptée à l'unanimité par la Landsgemeinde[408]. Il s'agissait du « *premier code de législation industrielle adopté en Europe* » étant donné que la loi s'appliquait à toutes les fabriques et non plus uniquement aux fabriques de filature[409]. La loi protégeait les ouvriers et ouvrières en arrêtant l'âge d'admission à 13 ans, en fixant la durée journalière du travail à 12 heures (art. 4), en prohibant le travail de nuit (soit, le travail compris entre 20 heures et 5 heures ; art. 6) et en promulguant l'obligation des propriétaires de fabriques de veiller à la santé et à la sécurité de leurs ouvriers. La loi interdisait également formellement aux femmes de travailler, avant et après leur accouchement, durant 6 semaines en tout (art. 7)[410] et prévoyait des sanctions (amende d'un montant allant de CHF 20.- à CHF 500.- et emprisonnement), ainsi que la mise en place d'un système d'inspection périodique des fabriques. Le Conseil fédéral considérait la loi sur les fabriques glaronnaise comme « *un modèle du genre* »[411] ; selon GROBÉTY, il s'agissait d'une « *œuvre législative décisive* », d'un « *monument d'intrépidité législative* »[412].

---

406 GROBÉTY, p. 92.

407 Gesetz über die Fabrikpolizei vom 22. Mai 1864 (entrée en vigueur le 10 août 1864). Au sujet de la loi glaronnaise de 1864, *cf.* BAUER, p. 492 ; BÖHMERT, vol. I, pp. 79-88 ; DÄLLENBACH, pp. 72-91 ; GROBÉTY, pp. 93-96 ; HOBI, pp. 28-60 ; LECHNER, pp. 233-235 ; LEHNHERR, pp. 72-78 et 182-183 ; RAPPARD, pp. 305-307.

408 BECKER, pp. 26 et 36 : « *Kein neuer Pfarrer wird in der Kirche mit dieser Spannung erwartet, keine hungernden Kinder öffnen den Mund und die Augen mit diesem Verlangen, wenn die Mutter die Speise auf den Tisch setzt, wie die 1864er Landsgemeinde auf das Fabrikgesetz wartete* » ; HOBI, pp. 56-57 qui cite la « *Neue Glarnerzeitung* » de 1864 : « *Das Gesetz von 1864 […] darf […] als eine schöne Errungenschaft "vereinigter humaner Bestrebungen in der Demokratie" genannt werden* ».

409 GNAEGI, p. 38. *Cf.* aussi BABEL, p. 117. L'art. 1er de la loi de 1864 définissait la notion de fabrique comme englobant « *tous les établissements industriels dans lesquels sont occupés simultanément et régulièrement des ouvriers, hors de leurs demeures et dans des locaux fermés* » (traduction de GROBÉTY, p. 95).

410 Cette interdiction légale de travailler avant et après un accouchement, qui devait être respectée tant par l'employeur que par la travailleuse (sous peine de sanction), représentait la toute première mesure protectrice de la maternité en Suisse et en Europe. Sur l'histoire de la protection légale de la maternité, *cf.* PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Staempfli, Berne 2015, pp. 295-487.

411 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la demande d'initiative pour la famille du 10 octobre 1944, FF 1944 I 825 (901).

412 GROBÉTY, pp. 95-96.

La loi sur la police des fabriques du 22 mai 1864 a été remplacée par une nouvelle loi sur les fabriques du 29 septembre 1872, qui innovait en abaissant la durée journalière du travail de 12 à 11 heures (art. 4)[413].

Les lois glaronnaises sur le travail dans les fabriques ont servi de modèles tant aux législateurs cantonaux, qu'au législateur fédéral lors de l'élaboration de la loi fédérale sur les fabriques du 23 mars 1877 (*infra*, b))[414].

bbb) La législation ouvrière du canton de Bâle-Ville

Le 15 novembre 1869, le canton de Bâle-Ville a promulgué une loi sur les fabriques, qui était fortement inspirée de la loi glaronnaise de 1864, puisque, tout comme celle-ci, elle arrêtait un âge minimal d'admission au travail (14 ans), fixait une limite à la journée de travail (12 heures), proscrivait le travail de nuit et du dimanche, interdisait l'emploi des ouvrières pendant une période de 6 semaines en tout avant et après un accouchement et instituait un système de sanctions et d'inspectorat des fabriques[415].

ccc) Les tentatives de conclusion d'un concordat intercantonal

Les interventions législatives cantonales en matière de protection ouvrière restreignaient la liberté du commerce et de l'industrie et avaient pour conséquence de déséquilibrer la concurrence entre les fabriques sises dans un canton qui, par exemple, limitait la durée du travail, et celles dont le siège était situé dans un canton qui ne connaissait pas une telle restriction[416].

Pour remédier à cet état de fait, et dans le but de coordonner et d'unifier leurs législations, certains cantons ont entrepris, dès 1855, des démarches en vue de la conclusion d'un concordat intercantonal en matière de protection ouvrière. Trois réunions ont eu lieu (les 25 janvier 1859, 4 juillet 1864 et 13 novembre 1872), mais chacune d'elles s'est soldée

---

413 Fabrikgesetz vom 29. September 1872. Au sujet de la loi glaronnaise de 1872, *cf.* BECKER, pp. 89-102 ; GROBÉTY, pp. 96-98 ; HOBI, pp. 60-87 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXII ; LEHNHERR, pp. 86-102 et 184-186.

414 HOBI, pp. 117-135 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XXI-XXII ; SIGG, p. 20.

415 Fabrikgesetz vom 15. November 1869 ; Fabrik-Verordnung vom 29. Januar 1870. Sur cette loi, *cf.* BÖHMERT, vol. I, pp. 105-111 ; DÄLLENBACH, pp. 99-116 ; GROBÉTY, pp. 99-100 ; LECHNER, pp. 241-242.

416 GROBÉTY, pp. 15 et 121 : la conclusion d'un concordat intercantonal sur les fabriques visait à « *régulariser une concurrence effrénée sur la base d'une législation ouvrière uniformisée* » ; SCHIWOFF, pp. 32-33. *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (887) : « *De sensibles différences ne manquèrent […] pas de se produire d'un canton à l'autre en matière de protection des travailleurs quant à l'étendue et à l'efficacité de la législation, de telle sorte que l'industrie se trouva désavantagée du point de vue de sa capacité de compétition dans les cantons ayant limité la durée du travail* ».

par un échec, faute d'entente, notamment, quant au standard de protection à accorder aux ouvriers adultes, à la fixation de la durée de la journée de travail et à l'édiction de normes intercantonales permettant de surveiller la correcte application du concordat[417].

L'introduction de l'art. 34 al. 1 dans la Constitution de 1874, qui transférait la compétence en matière de législation ouvrière à la Confédération, a ouvert « *la porte qui mène à l'uniformisation* » et permis l'élaboration d'une loi fédérale sur les fabriques quelques années plus tard, en 1877[418] (*infra*, b)).

b) La législation fédérale sur le travail dans les fabriques

Afin de donner suite au mandat constitutionnel que lui attribuait l'art. 34 al. 1 aCst. 1874, le Conseil fédéral a entrepris l'élaboration d'une loi fédérale sur le travail dans les fabriques[419]. Celle-ci a été acceptée par les Chambres fédérales le 23 mars 1877 (LFab

---

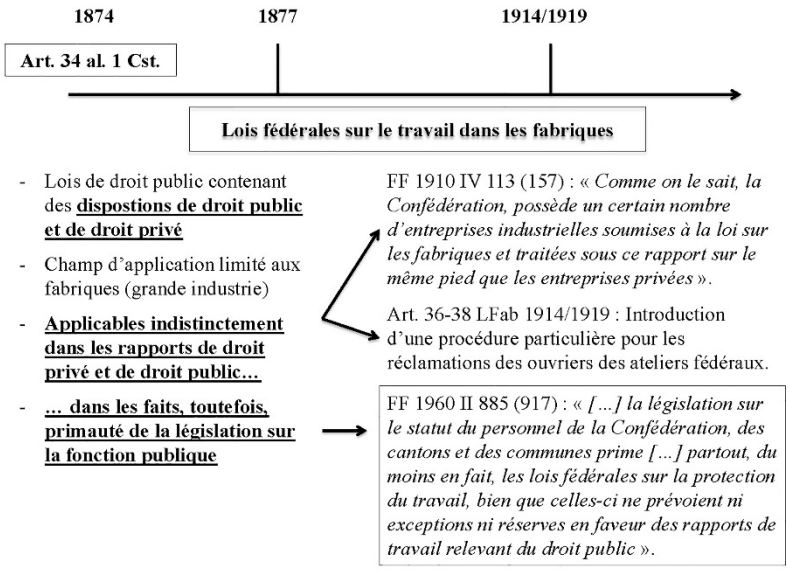
417 Sur les tentatives de conclure un concordat intercantonal, *cf.* DÄLLENBACH, pp. 135-143 ; GROBÉTY, pp. 121-158 ; HOBI, pp. 87-112 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XXIII-XXVI ; LANDMANN, Geschichte, pp. 423-425 ; LECHNER, pp. 249-255 ; LEHNHERR, pp. 109-114 ; SIGG, pp. 24-27.

418 GROBÉTY, p. 169. *Cf.* aussi BABEL, p. 114 : « *L'article 34 de la Constitution fédérale de 1874 allait jouer en Suisse, en petit, le rôle que devait remplir plus tard la Partie XIII du Traité de Paix de Versailles dans la réglementation internationale du travail* ».

419 L'élaboration d'une législation fédérale sur le travail dans les fabriques a fait suite au dépôt d'une motion par le Conseiller national Wilhelm Joos, en date du 18 décembre 1867, qui demandait à ce que les enfants employés dans des fabriques fussent mis au bénéfice de mesures protectrices. Concernant cette motion et pour la reproduction du texte de celle-ci, *cf.* EICHHOLZER, Erinnerungsdaten, p. 535. Au sujet de la genèse de la loi fédérale sur les fabriques du 23 mars 1877, *cf.* Projet de loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 2 novembre 1875, FF 1875 IV 593 ; Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant le projet de loi sur le travail dans les fabriques du 6 décembre 1875, FF 1875 IV 963 ; Projet de loi fédérale sur le travail dans les fabriques du Conseil fédéral du 2 novembre 1875 et propositions de la Commission du Conseil national du 4 mai 1876, FF 1876 II 825 ; Rapport de la Commission du Conseil national concernant le projet de loi sur le travail dans les fabriques du 24 mai 1876, FF 1876 II 797 ; Décisions du Conseil national du 16 juin 1876 et propositions de la Commission du Conseil des Etats (majorité et minorité) du 27 octobre 1876, FF 1876 IV 235 ; Rapport de la Commission du Conseil des Etats sur la loi sur les fabriques du 11 novembre 1876, FF 1876 IV 221 ; Rapport de la minorité de la Commission du Conseil des Etats au sujet de la loi sur les fabriques du 23 novembre 1876, FF 1876 IV 601 ; Rapport de la majorité de la Commission du Conseil des Etats au sujet de la loi sur les fabriques du 30 novembre 1876, FF 1876 IV 755. *Cf.* aussi GROBÉTY, pp. 161-171 ; SIGG, pp. 27-40.

1877)[420]. Suite à une demande de référendum[421], la loi a été adoptée par le peuple, à une faible majorité, en date du 21 octobre 1877[422] ; elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1878 (*infra*, aa)). Avec effet au 1er janvier 1920, la loi fédérale sur les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919 (LFab 1914/1919) s'est substituée à la loi fédérale sur les fabriques de 1877 (*infra*, bb))[423].

Schéma 10 : Les principales caractéristiques de la législation fédérale sur le travail dans les fabriques



420 Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 (LFab 1877), RO 3 224 (FF 1877 II 113). Le Conseil national et le Conseil des Etats ont approuvé la loi à 90 voix contre 15, respectivement 24 voix contre 13. *Cf.* LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. XXXII.

421 Concernant les campagnes menées par les opposants et par les partisans de la LFab 1877 (« *Referendumskampagne* » ; « *Abstimmungskampagne* »), *cf.* SCHIWOFF, pp. 41-71 ; SIGG, pp. 43-48.

422 Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale au sujet de la votation fédérale du 21 octobre 1877 du 5 décembre 1877, FF 1877 IV 669 (675) : la loi a été acceptée à une majorité de 51.5 % (181'204 oui contre 170'857 non). *Cf.* également GRUNER, pp. 248-250 ; RAPPARD, p. 310 : « *le mouvement en faveur de la réglementation légale du travail en Suisse fut un mouvement suisse allemand. Aucun canton romand n'y participa avant 1877 et, dans la votation populaire du 21 octobre de cette année, la première loi fédérale sur le travail dans les fabriques fut repoussée à une forte majorité dans tous les cantons romands, sauf à Neuchâtel* » ; SCHIWOFF, pp. 71-79.

423 Loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919 (LFab 1914/1919), RO 30 539 (FF 1914 III 579) et RO 35 798 (FF 1919 III 889).

aa) La loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877

La loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, inspirée des lois cantonales de protection ouvrière préexistantes[424] (en particulier des lois glaronnaises de 1864 et 1872 ; *supra*, a))[425], était considérée comme la « *loi la plus progressiste du monde* »[426] et permettait à la Suisse de tenir un « *rôle de phare* », d'occuper « *une position d'avant-garde* » dans le développement du droit du travail[427]. Ancêtre de la loi fédérale sur le travail (LTr) que nous connaissons actuellement (*infra*, B., 2.), la LFab 1877 était la toute première loi fédérale à contenir des normes régissant les rapports de droit civil entre employeurs et travailleurs ; elle représentait donc la première intervention de l'Etat dans les relations entre ouvriers et employeurs[428]. Malgré quelques dispositions de droit privé (*cf.*, notamment, art. 5, 9 et 10 LFab 1877), il s'agissait d'une loi de droit public, à laquelle les employeurs étaient obligés de se conformer[429]. Elle marquait ainsi, au niveau fédéral, la première étape de la législation sur le travail, en tant que législation destinée à défendre les conditions d'existence des ouvriers et qui, au fil des époques, est devenue « *de plus en*

---

424 FF 1875 IV 963 (974) : la loi fédérale résultait d'un « *travail d'unification portant sur les prescriptions principales des lois cantonales* ». *Cf.* aussi BAUER, p. 493.

425 *Cf.* HOBI, pp. 117-135 ; GRUNER, pp. 230 et 241 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XXI-XXII ; LAVOLLÉE, Tome second, pp. 26-27 : dans la plupart de ses dispositions, la loi fédérale de 1877 n'était que « *la reproduction* » des lois industrielles de Glaris votées en 1864 et 1872 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 10 ; WEBER, p. 174.

426 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 8. *Cf.* aussi TSCHUDI, La Constitution sociale, p. 15 ; TSCHUDI, Sozialstaat, p. 15 : « *Es handelte sich damals um eine der fortschrittlichsten Regelungen in der Welt* ».

427 MAHON, L'évolution récente du droit du travail, pp. 9-10. *Cf.* aussi LAVOLLÉE, Tome second, p. 16 ; SIGG, p. 2 : la loi sur les fabriques de 1877 « *ne manquait pas de hardiesse pour l'époque, dans les mœurs, les coutumes, les habitudes des ouvriers aussi bien que des patrons* » ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 11 et 19 : « *Ohne Gefahr der Übertreibung darf man den Inhalt des Fabrikgesetzes als fortschrittlich und grosszügig, ja sogar als Pionierleistung im internationalen Massstab qualifizieren. Mit dem Fabrikgesetz von 1877 stellte sich die Schweiz an die Spitze des Arbeitsschutzes* ».

428 BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 229-230 : « *Ce n'est pas dans le code des obligations qu'au lendemain de l'adoption de la constitution de 1874 furent introduites pour la première fois sur le plan fédéral des dispositions légales relatives aux rapports de droit civil entre employeurs et travailleurs, mais bien dans la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques, du 23 mars 1877. En même temps que l'article 64 de la nouvelle constitution mettait dans la compétence de la Confédération la législation sur le droit des obligations, l'article 34 alinéa 1 lui donnait le droit de légiférer sur divers aspects de la protection des travailleurs. Bien que ce fût uniquement sur la base de cette disposition constitutionnelle que le Conseil fédéral présenta aux Chambres en 1875 un message en vue de l'adoption d'une loi sur le travail dans les fabriques, son projet contenait aussi plusieurs dispositions de droit civil* » ; MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 10 : la LFab 1877 constitue la « *première pierre du droit suisse du travail* ».

429 *Cf.* FF 1967 II 249 (255). *Cf.* aussi BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 230 ; HUG, CLTr 1971, n° 2, p. 3.

plus un droit social »[430], un droit de nature publique et non plus uniquement privée. L'adoption de la LFab 1877 permettait de rompre « *une fois pour toutes avec ce principe qui a dominé si longtemps dans les législations des divers Etats, en matière d'économie nationale, avec ce principe qui désignait la non-intervention la plus absolue de la part de l'Etat, dans les questions industrielles et commerciales générales, comme un postulat de la liberté et de la science* »[431]. Le but de la LFab 1877 ne consistait cependant pas à « *mettre en tutelle l'industrie* » ; l'objectif était bien plus de poser un cadre afin de combattre les excès[432]. Le législateur entendait en effet fixer des normes de protection de la santé des ouvriers tout en garantissant à l'industrie son autonomie et son indépendance ; en d'autres termes, il s'agissait « *d'opposer une digue à ce torrent fertilisateur, mais parfois aussi dévasteur de l'industrie manufacturière* » par l'adoption de certaines règles restreignant la liberté individuelle[433]. La promulgation de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques doit donc être vue comme « *un acte de courage et de sage prévoyance* »[434].

La LFab 1877 comptait 21 articles, répartis en cinq Titres : Dispositions générales (Titre I, art. 1-14) ; Travail des femmes dans les fabriques (Titre II, art. 15) ; Travail des mineurs dans les fabriques (Titre III, art. 16) ; Dispositions exécutoires et pénales (Titre IV, art. 17-19) ; Dispositions finales (Titre V, art. 20-21). Si certaines prescriptions de la LFab 1877 concernaient tous les ouvriers de fabriques (art. 1-14 LFab 1877), d'autres garantissaient une protection spécifique aux femmes (art. 15 LFab 1877) ou aux mineurs (art. 16 LFab 1877).

Après avoir circonscrit le champ d'application personnel de la loi (*infra*, aaa)), nous présenterons les principales prescriptions énoncées par celle-ci, en distinguant selon qu'il s'agit de normes de droit public (*infra*, bbb)) ou de droit privé (*infra*, ccc)) ; nous mentionnerons également les dispositions exécutoires et pénales (*infra*, ddd)).

aaa) Le champ d'application personnel

Le champ d'application personnel de la loi fédérale sur les fabriques de 1877 était limité aux ouvriers occupés dans des fabriques (*cf.* art. 1 al. 1 LFab 1877 : « *Tout établissement industriel où un nombre plus ou moins considérable d'ouvriers sont occupés simultanément et régulièrement, hors de leur demeure et dans un local fermé, doit être*

430 MEYER, p. 10.
431 FF 1876 II 972 (975).
432 FF 1875 IV 963 (965).
433 FF 1875 IV 963 (967).
434 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur le travail dans les fabriques du 6 mai 1910, FF 1910 IV 113 (113).

considéré comme fabrique et est soumis aux prescriptions de la présente loi »)[435]. Bien que la loi ne le mentionnât pas expressément, il pouvait s'agir aussi bien d'un établissement privé que public[436]. Dans les faits, cependant, la grande majorité des fabriques était détenue par des particuliers.

La loi concernait la « *grande industrie* », laissant de côté l'industrie à domicile et la « *petite industrie* » (arts et métiers ; les sommelières, p. ex.[437]). La protection ainsi conférée était loin d'être universelle puisque la majorité de la population active était employée dans la petite industrie[438]. L'extension de la protection conférée par la LFab 1877 aux « *autres* » travailleurs était du ressort des cantons (*infra*, e)).

La loi introduisait donc une « *inégalité choquante entre l'usine, d'une part, objet de la sollicitude exclusive du législateur et, d'autre part, l'atelier, le magasin et la brasserie où s'étiolent d'anémiques jeunes filles qui ont droit elles aussi à jouir du soleil que le Bon Dieu fait luire pour tous, – pour les travailleurs des champs, comme pour la modeste ouvrière dont le gagne-pain est au bout de son aiguille* »[439].

Selon DE MADAY, « *la préférence donnée par le législateur à l'intervention dans les fabriques vis-à-vis de la réglementation dans d'autres domaines* » s'expliquait par une « *plus grande publicité des abus et du mécontentement* » des ouvriers en raison de leur

---

435 L'art. 1 al. 2 LFab 1877 précisait qu'en cas de doute sur la question de savoir si un établissement industriel devait, ou non, être rangé dans la catégorie des fabriques, il appartenait au Conseil fédéral de se prononcer en dernier ressort, après avoir pris le préavis du Gouvernement cantonal. Pour une analyse de la définition de la « *fabrique* » énoncée par l'art. 1 LFab 1877, *cf.* FF 1875 IV 963 (975-976) ; DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DU COMMERCE ET DE L'AGRICULTURE, Commentaire LFab 1877, *ad* art. 1, pp. 9-32.

436 Certaines fabriques étaient en effet des entreprises publiques. Tel était le cas, notamment, des usines à gaz, des services publics de production et de distribution d'énergie électrique, ou encore des entreprises actives dans la distribution de l'eau ou l'incinération des ordures ménagères. Sur ce point, *cf.* ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 3 *ad* art. 2 LTr, p. 48.

437 Concernant les conditions de travail imposées aux sommelières, *cf.* HAHN FRIEDRICH, De la condition des sommelières au point de vue social et chrétien – Bref appel en leur faveur, Genève 1891.

438 FF 1875 IV 963 (972) : « *[…] ; la situation des ouvriers est souvent plus critique hors de la fabrique que dans la fabrique* ». *Cf.* aussi LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. LX : « *Die Fabrikarbeiterin ist geschützt ; sie ist preisgegeben* » ; LAVOLLÉE, Tome second, p. 11 : un tiers de la population totale suisse travaillait dans l'industrie, mais seuls 7.16 % de la population totale suisse étaient employés dans la grande industrie en 1870 (4.14 % d'hommes, 2.62 % de femmes et 0.40 % d'enfants) ; MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 10 : la LFab 1877 s'appliquait à 160'000 salariés ; SIGG, pp. 266-267.

439 SCHNETZLER, p. 96. Sur les abus dont les travailleurs occupés en dehors des fabriques étaient victimes, *cf.* SIGG, pp. 265-273.

nombre (des centaines, voire des milliers de personnes dans une même entreprise) ; pour cette raison, la fabrique a représenté « *le berceau de la législation ouvrière* »[440].

Afin de mettre un terme aux nombreuses oppositions suscitées par « *ce traitement exceptionnel en faveur de classes isolées de citoyens* », qui créait une « *classe de citoyens […] privilégiée vis-à-vis du reste des travailleurs* », le Conseil fédéral a invoqué le texte même de l'art. 34 al. 1 aCst. 1874, disposition qui limitait expressément le mandat législatif de la Confédération au travail des enfants et des adultes dans les fabriques[441]. En 1891, le Conseil fédéral a quelque peu élargi le champ d'application de la loi[442] ; toutefois, malgré cette modification, « *un grand nombre d'ateliers, de métiers, de professions industrielles et commerciales dans lesquels sont employées surtout des femmes et où l'on constate des abus du travail et un surmenage préjudiciable à la santé et aux intérêts des ouvrières* » demeuraient soustraits à l'application de la protection légale[443].

Pour donner suite aux nombreuses manifestations qui revendiquaient un élargissement du champ d'application de la LFab 1877, et dans le dessein de pouvoir « *appliquer la protection dont jouit l'ouvrier des fabriques, avec les restrictions nécessaires, aussi aux ouvriers des métiers de la petite industrie* »[444] (c'est-à-dire afin que la réglementation du travail devienne un « *privilège* » invocable par toute personne dépendant d'autrui)[445], le Conseil fédéral a proposé l'adjonction d'un art. 34*ter* dans la Constitution de 1874, habilitant la Confédération à légiférer dans le domaine des arts et métiers[446]. En date du

---

440 DE MADAY, p. 165.

441 FF 1875 IV 963 (972-973) : une compétence législative fédérale allant « *au delà de ce domaine* » ne pouvait pas être déduite de l'art. 34 al. 1 aCst. 1874.

442 Arrêté du Conseil fédéral concernant l'exécution de l'article 1er de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 3 juin 1891, entré en vigueur immédiatement, FF 1891 III 145 : « *1. Sont considérées comme fabriques dans le sens de l'article 1er de la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques, du 23 mars 1877, et placées sous le régime de la même loi, sous la réserve qu'elles correspondent aux conditions générales mentionnées à l'article précité : a. les exploitations qui travaillent avec plus de 5 ouvriers et emploient des moteurs mécaniques, ou occupent des personnes âgées de moins de 18 ans, ou présentent des dangers particuliers pour la santé et la vie des ouvriers ; b. les exploitations occupant plus de 10 ouvriers et ne présentant aucune des conditions mentionnées à la lettre a. ; c. les exploitations occupant moins de 6 ouvriers et présentant des dangers exceptionnels pour la santé et la vie des ouvriers, ou celles occupant moins de onze ouvriers et présentant le type évident des fabriques* ».

443 SCHNETZLER, p. 75.

444 FF 1892 V 721 (722). Pour un aperçu des manifestations revendiquant un élargissement du champ d'application de la loi sur les fabriques de 1877, *cf.* FF 1892 V 721 (722-736).

445 SCHNETZLER, p. 96.

446 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le droit de légiférer en matière d'arts et métiers du 25 novembre 1892, FF 1892 V 721.

4 mars 1894, cet amendement constitutionnel a été rejeté en votation populaire[447], de sorte que la question de l'élargissement du champ d'application personnel de la LFab 1877 demeurait du ressort des cantons (*infra*, e)). Ce n'est qu'avec effet au 5 juillet 1908 que la Confédération a été habilitée à « *statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers* » (art. 34*ter* aCst. 1874) ; grâce à cette compétence, une loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers a pu être promulguée en date du 31 mars 1922 (*infra*, B., 1., a)).

bbb) Les prescriptions de droit public

Les dispositions de droit public contenues dans la LFab 1877 avaient trait à la protection de la santé des travailleurs (art. 2-4 LFab 1877 ; *infra*, i)), à la réglementation de la durée du travail et du repos (art. 11 LFab 1877 ; *infra*, ii)), à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche (art. 13-14 LFab 1877 ; *infra*, iii)), ainsi qu'à la protection des femmes et des jeunes gens (art. 15-16 LFab 1877 ; *infra*, iv)).

Les art. 6-8 LFab 1877, qui obligeaient le fabricant à instaurer un règlement de fabrique et à tenir un état des ouvriers travaillant dans son établissement, pouvaient également être rangés au sein des dispositions de droit public[448].

i) La protection de la santé

La LFab 1877 arrêtait les prescriptions à respecter pour assurer la protection de la santé et de l'intégrité corporelle des travailleurs, ainsi que les procédures à suivre pour prévenir les accidents et les maladies professionnels (mesures de protection de la santé à prendre, procédure d'autorisation préalable pour ouvrir ou transformer une fabrique, obligation du fabricant d'avertir immédiatement l'autorité locale compétente des cas de lésions graves

---

447 L'adjonction d'un art. 34*ter* dans la Constitution a été rejetée à la majorité de 158'492 voix et 14.5 cantons contre 135'713 voix et 7.5 cantons. *Cf.* Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la votation populaire fédérale du 4 mars 1894 (métiers), du 27 mars 1894, FF 1894 I 1001 (1002-1003).

448 Le règlement de fabrique a fait successivement l'objet des art. 7-8 LFab 1877 et 14-19 LFab 1914/1919. L'entrée en vigueur de la LTr, le 1er février 1966 a eu pour effet de remplacer le règlement de fabrique par le règlement d'entreprise (*cf.* art. 37-39 LTr). Il a également fait l'objet d'une réglementation de droit privé entre le 1er janvier 1912 et le 31 décembre 1971 (*cf.* art. 321 aCO : « *Les règles uniformes de travail et d'ordre intérieur, établies par l'employeur dans une entreprise industrielle ou commerciale, n'obligent l'employé que si elles ont été rédigées par écrit et lui ont été communiquées avant son engagement* »). Depuis sa révision du 25 juin 1971, le Code des obligations ne fait toutefois plus aucune mention du règlement du travail ; cette institution est désormais exclusivement régie par le droit public (*cf.* art. 37-39 LTr). Au sujet du règlement de fabrique et du règlement du travail (art. 321 aCO) *cf.* RICHARD, Le contrat de travail, pp. 113-141.

ou de mort violente survenus dans son établissement ; art. 2-4 LFab 1877). Ces prescriptions ont été précisées par le Conseil fédéral, par le biais d'ordonnances et d'instructions[449].

ii) La durée du travail et du repos

L'art. 11 al. 1 LFab 1877 arrêtait la durée maximale de la journée de travail à 11 heures, respectivement à 10 heures le samedi et la veille des jours fériés[450]. La durée de la semaine de travail atteignait ainsi 65 heures.

Sur autorisation préalable de l'autorité compétente, la journée de travail pouvait exceptionnellement être prolongée (art. 11 al. 4 LFab 1877).

En matière de repos, l'art. 11 al. 5 LFab 1877 consacrait le droit des ouvriers de disposer d'une heure de repos au moins pour leur repas au milieu de la journée de travail.

iii) L'interdiction du travail de nuit et du dimanche

L'art. 13 LFab 1877 était consacré au travail de nuit, c'est-à-dire, au travail effectué entre 8 heures du soir et 5 heures du matin en été (juin, juillet et août) et entre 8 heures du soir et 6 heures du matin pendant le reste de l'année. Cette disposition soumettait la licéité du travail de nuit à un régime d'exceptions et exigeait du fabricant qu'il obtînt le consentement des ouvriers concernés. Moyennant autorisation préalable, le travail de nuit régulier pouvait être autorisé, notamment dans les branches de fabrication qui, de par leur nature, requéraient une exploitation non interrompue (art. 13 al. 3-5 LFab 1877).

Quant au travail du dimanche, il faisait l'objet d'une interdiction, qui ne pouvait être levée qu'en cas d'absolue nécessité (art. 14 al. 1 LFab 1877). La prohibition du travail dominical n'était cependant pas opposable aux établissements qui, de par leur nature, exigeaient un travail continu, dans la mesure où une autorisation en ce sens leur avait été délivrée.

---

449 *Cf.*, p. ex., l'Ordonnance du Conseil fédéral sur l'établissement et l'exploitation des chaudières à vapeur et des appareils à vapeur non générateurs du 16 octobre 1897 (RO 16 288), les Instructions pour l'aménagement et l'exploitation des fabriques de tabacs et de cigares du 10 août 1896, les Instructions pour prévenir les accidents dans les ateliers où l'on travaille le bois du 21 octobre 1897 ou encore les Instructions pour prévenir les dangers de maladies dans les imprimeries et les fonderies de caractères du 12 février 1898. Ces textes ont été reproduits par SIGG, pp. 130-165.

450 Le Conseil fédéral était compétent pour diminuer la durée normale du travail quotidien (11 heures au maximum) dans les industries insalubres ou présentant des conditions d'exploitation préjudiciables à la santé ou à la vie des ouvriers (art. 11 al. 3 LFab 1877).

iv) Les prescriptions spécifiques au travail des femmes et des jeunes gens

L'art. 15 LFab 1877 était spécialement consacré au « *travail des femmes dans les fabriques* ». Alors que certaines prescriptions concernaient le travail des femmes en général et poursuivaient le but de protéger la femme en sa qualité d'épouse et de mère de famille (interdiction absolue du travail de nuit ou du dimanche, obligation d'accorder une pause de midi d'une durée minimale d'une heure et demie aux femmes ayant un ménage à soigner[451], notamment ; art. 15 al. 1, 2 et 4 LFab 1877), d'autres étaient spécifiquement axées sur la protection des femmes enceintes et des accouchées (interdiction légale de travailler avant et après un accouchement, d'une durée totale de 8 semaines, mandat conféré au Conseil fédéral de désigner les branches d'industrie dans lesquelles les femmes enceintes ne peuvent être admises à travailler en raison des risques pour leur santé et celle de l'enfant à naître ; art. 15 al. 2 et 3 LFab 1877).

L'art. 16 LFab 1877 réglementait, pour sa part, le « *travail des mineurs dans les fabriques* ». Cette disposition fixait à 14 ans l'âge d'admission au travail dans les fabriques (art. 16 al. 1 LFab 1877), interdisait d'employer des jeunes âgés de moins de 18 ans la nuit ou le dimanche (dans les industries où il était nécessaire que le travail ne fût pas interrompu, une exception pouvait toutefois être faite, sur demande préalable, pour les garçons dès 14 ans ; *cf.* art. 13 al. 3, 14 al. 1 et 16 al. 3 LFab 1877) et chargeait le Conseil fédéral de désigner les branches d'industrie dans lesquelles il était strictement interdit d'employer des enfants en raison des risques pour leur santé (art. 16 al. 4 LFab 1877). Le fabricant était en outre tenu de veiller à ce que, pour les enfants âgés entre 14 et 16 ans, le cumul du temps réservé à l'enseignement scolaire et religieux et du temps de travail en fabrique n'excédât pas 11 heures ; l'enseignement scolaire et religieux ne devait, en effet, pas « *être sacrifié au travail dans la fabrique* » (art. 16 al. 2 LFab 1877). L'art. 16 al. 5 LFab 1877 précisait que le fabricant ne pouvait s'exonérer de cette obligation en invoquant qu'il ignorait l'âge de ses ouvriers et/ou leur devoir de suivre de tels enseignements.

ccc) Les prescriptions de droit privé

Si la LFab 1877 était une loi de droit public, elle énonçait toutefois certaines dispositions de droit privé, régissant les rapports entre ouvriers et fabricants. Tel était le cas des prescriptions relatives à la responsabilité civile objective du fabricant (art. 5 LFab 1877 ; *infra*, i)), à la résiliation des rapports de travail (art. 9 LFab 1877 ; *infra*, ii)) et aux

[451] Dans un arrêt de 1907, le Tribunal fédéral a insisté sur le fait qu'il s'agissait d'une disposition impérative obligeant tout employeur à accorder une pause de midi d'au moins une heure et demie à toute ouvrière ayant la charge d'un ménage ; une telle ouvrière ne pouvait dès lors ni demander, ni consentir valablement à bénéficier d'une pause en milieu de journée d'une durée inférieure (*cf.* ATF 34 I 124).

conditions et modalités afférentes au versement des salaires (art. 10 LFab 1877 ; *infra*, iii)).

i) La responsabilité civile objective du fabricant

L'art. 5 LFab 1877 introduisait un régime de responsabilité civile objective du fabricant en cas d'accident de l'un de ses employés dans sa fabrique. Cette disposition, de nature provisoire, constituait l'un des points centraux de la loi étant donné qu'elle posait les bases de la protection des travailleurs contre les conséquences financières des accidents survenant sur leur lieu de travail. A teneur de celle-ci, une loi fédérale devait être édictée afin de statuer « *les dispositions nécessaires quant à la responsabilité provenant de l'exploitation des fabriques* » (art. 5 al. 1 LFab 1877). Dans l'intervalle, le fabricant répondait de tout dommage survenant dans son établissement (responsabilité civile objective, indépendante de toute faute) ; ce n'est qu'en présence d'un accident résultant d'un cas de force majeure ou imputable à la faute exclusive de la victime, que le fabricant pouvait se libérer (en cas de faute concomitante de l'ouvrier, l'obligation de réparer du fabricant était réduite en proportion ; art. 5 al. 2 LFab 1877).

La responsabilité civile du fabricant était une nouveauté : avant l'entrée en vigueur de la LFab 1877, en effet, les propriétaires de fabriques n'encouraient qu'une responsabilité délictuelle, de sorte qu'en l'absence de faute du fabricant, l'employé victime d'un accident en assumait seul les conséquences (frais médicaux, perte de revenu ou encore perte de l'emploi en cas de non recouvrement de la capacité de travail). Suite à l'avènement de l'industrie, qui a entraîné une augmentation considérable des dangers sur le lieu de travail, il devenait urgent de remplacer le principe de la responsabilité aquilienne, qui remontait à l'époque romaine, par la « *création d'un droit nouveau* »[452]. L'introduction du régime de la responsabilité civile objective du fabricant illustrait la tendance grandissante du législateur à vouloir protéger les travailleurs et à leur assurer plus de sécurité[453]. La Suisse était alors à l'avant-garde puisqu'elle a été « *le premier pays à introduire dans sa législation un système de réparation des accidents du travail fondé sur la responsabilité objective de l'employeur* »[454].

[452] SIGG, pp. 239-240.

[453] ERNI, p. 4 : l'ancrage de la responsabilité civile de l'employeur pour les accidents non fautifs de ses travailleurs est à considérer comme un signe précurseur de l'assurance-accidents : « *Es handelt sich dabei um einen Vorläufer der Unfallversicherung* ».

[454] BERENSTEIN ALEXANDRE, De l'assurance sociale à la sécurité sociale : la réforme de l'assurance-accidents, SJ 1979, pp. 116-128, p. 116.

L'art. 5 LFab 1877 a été abrogé le 11 octobre 1881, lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881[455]. Cette loi innovait à deux points de vue : elle permettait au fabricant de s'exempter de sa responsabilité non seulement si l'accident était dû à un cas de force majeure ou à la faute exclusive de l'employé, mais également s'il découlait d'un acte criminel ou délictueux imputable à un tiers (art. 2) ; elle posait le principe du « *forfait de l'indemnisation* »[456], en plafonnant le montant de la réparation à une somme équivalant à six fois le salaire annuel de l'employé blessé, mais à CHF 6'000.- au maximum (art. 6). Cette dernière disposition reflétait la volonté du législateur de ne pas charger trop lourdement les propriétaires de fabriques disposant de moyens financiers restreints[457]. En ce qu'elle encourageait les fabricants à assurer leurs ouvriers contre les accidents ou les maladies (*cf.* art. 9)[458], la loi sur la

---

455 Loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881, RO V 510 (FF 1881 III 525). Cette loi a été complétée par deux lois fédérales : la loi fédérale sur l'extension de la responsabilité civile du 26 avril 1887 (RO 10 196, FF 1887 II 607), qui a notamment eu pour effet d'étendre le champ d'application de la loi de 1881 à des entreprises autres que celles répondant à la définition stricte de la fabrique ; la loi fédérale concernant le paiement des salaires et les amendes dans les entreprises soumises à la responsabilité civile conformément à la loi fédérale du 26 avril 1887, du 26 juin 1902 (RO 19 318, FF 1902 III 981). Au sujet de la loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881, *cf.* DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DU COMMERCE ET DE L'AGRICULTURE, Commentaire LFab 1877, pp. 137-142 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 107-152 ; SIGG, pp. 244-252 et 257-264.

456 GNAEGI, p. 43. *Cf.* aussi MAURER, pp. 549-550.

457 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la responsabilité civile des fabricants, du 26 novembre 1880, FF 1880 IV 415 (417) : « *Mais si le principe de la réparation du dommage est juste en soi, il ne faut pas le pousser à des conséquences extrêmes. On doit se dire que dans les accidents, ce qu'on appelle la fatalité joue presque toujours un rôle important. L'homme n'a pas plus la puissance de prévoir tous les maux que de les guérir tous, et le malheur survenu à l'ouvrier, après que le fabricant a pris toutes les précautions raisonnables pour le prévenir, ne doit équitablement engager la responsabilité de ce dernier que dans une mesure limitée. S'il en était autrement, on arriverait par une pente rapide à l'iniquité et à l'absurde. Le fabricant dans l'établissement duquel un grave accident aurait eu lieu et qui aurait plusieurs victimes à indemniser, serait facilement conduit à la faillite, ce qui pourrait être non moins préjudiciable pour les victimes et les autres ouvriers que pour lui. Le malheur de l'un faisant dans la règle le malheur des autres, tel serait le résultat de la responsabilité poussée à l'extrême. Ce résultat n'est pas admissible* ».

458 Art. 9 : « *Lorsque l'employé ou l'ouvrier tué, blessé ou malade a droit à une assurance contre les accidents, à une caisse de secours et de malades ou à d'autres institutions semblables, et que le fabricant a contribué à l'acquisition de ce droit par des primes, cotisations et subventions, les sommes payées par ces institutions au blessé, au malade et aux ayants droit du défunt sont en totalité déduites de l'indemnité, si la participation du fabricant n'a pas été inférieure à la moitié des primes, cotisations et retenues versées (al. 1). Par contre, si la participation du fabricant est inférieure à la moitié, il ne sera déduit de l'indemnité que la part proportionnelle acquise par ces contributions (al. 2). Le fabricant n'a droit à cette déduction que lorsque l'assurance à laquelle il contribue comprend tous les accidents et toutes les maladies (al. 3)* ».

responsabilité civile du fabricant a donné « *une impulsion décisive* » à la mise en place de systèmes d'assurance[459].

Malgré les progrès apportés par la loi sur la responsabilité civile du fabricant, le système de la responsabilité objective de l'employeur n'était satisfaisant ni pour les travailleurs, ni pour les employeurs : pour demander la réparation de leur préjudice, les travailleurs devaient ouvrir action contre leur employeur, démarche qui n'était pas dépourvue de risques pour eux étant donné qu'ils n'étaient pas à l'abri d'un licenciement en représailles de leur action ; quant aux employeurs, ils supportaient la réparation financière des dommages subis par les travailleurs lorsque leur responsabilité était engagée, ce qui avait pour conséquence de les exposer à des dépenses susceptibles de constituer une charge très lourde pour les petites entreprises, malgré le plafonnement du montant de la réparation.

Les travailleurs qui exerçaient leur activité dans des entreprises non soumises à la loi sur les fabriques de 1877 se voyaient appliquer les règles du Code des obligations du 14 juin 1881, qui posaient le principe de la responsabilité pour faute de l'employeur en cas d'accident ou de maladie de l'un de ses employés (*cf.* art. 50 ss et 110 ss CO 1881)[460]. L'employeur n'était ainsi tenu à réparation qu'en cas de faute de sa part ou de faute de l'un de ses préposés. Il en découlait une inégalité de traitement entre les ouvriers de fabriques, qui bénéficiaient d'une responsabilité objective, sans faute du fabricant, et les autres travailleurs, dont l'employeur n'encourait qu'une responsabilité pour faute. Si la nécessité de remplacer le système de responsabilité civile de l'employeur par une assurance obligatoire s'est de plus en plus fait ressentir[461], il faudra attendre l'adoption de la loi

---

459 KNÜSEL/ZURITA, p. 82.

460 Les travailleurs des entreprises de transport bénéficiaient toutefois également d'un régime de responsabilité civile objective, qui reposait sur la loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes du 28 mars 1905 (RO 21 351 ; *cf.* art. 1er : « *Toute entreprise de chemin de fer répond du dommage résultant du fait qu'une personne a été tuée ou blessée au cours de la construction, de l'exploitation ou des travaux accessoires impliquant les dangers inhérents à celle-ci, à moins que l'entreprise ne prouve que l'accident est dû à la force majeure, à la faute de tiers ou à celle de la victime* »). Cette loi a abrogé la loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur, en cas d'accidents entraînant mort d'homme ou lésions corporelles du 1er juillet 1875 (RO 1 720, FF 1875 III 961), qui n'introduisait, pour sa part, qu'une responsabilité pour faute (*cf.* art. 1er : « *Toute entreprise de chemins de fer est responsable pour le dommage causé par les accidents survenus dans la construction du chemin et qui ont entraîné mort d'homme ou lésions corporelles, si ces accidents sont le résultat d'une faute quelconque de l'entreprise concessionnaire* »). Sur le développement de la responsabilité civile des entreprises de transport, *cf.* SIGG, pp. 240-244 et 253-257.

461 *Cf.* GUTKNECHT ALFRED, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, Première partie : L'assurance-maladie, traduit de l'allemand par Paul Logoz, Orell Füssli, Zurich 1912, p. 11 : lors de l'examen du projet de loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants en 1881, la commission du Conseil des Etats « *acquit la conviction que, si le temps ne semblait pas*

fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (LAMA), pour qu'une assurance-accidents obligatoire voie le jour en Suisse[462]. Alors que la partie de la LAMA consacrée à l'assurance-maladie (art. 1-40 LAMA) est entrée en vigueur le 1er janvier 1914, ce n'est que le 1er janvier 1918 que celle relative à l'assurance-accidents (art. 41-122 LAMA) a déployé ses effets[463]. L'entrée en vigueur de cette assurance a permis d'abroger la législation sur la responsabilité civile[464].

ii) La réglementation de la fin des rapports de travail

L'art. 9 LFab 1877 régissait la fin des relations de travail. Cette disposition soumettait la licéité de la résiliation des rapports de travail au respect d'un délai de préavis de 14 jours ; il s'agissait de droit dispositif dès lors que les parties étaient autorisées à déroger à cette prescription par le biais d'un accord écrit (*cf.* art. 9 al. 1 LFab 1877). Une résiliation unilatérale du contrat, avec effet immédiat, ne pouvait intervenir, de la part du patron, que si l'ouvrier s'était « *montré incapable de faire le travail commencé* » ou s'était « *rendu coupable d'une violation grave du règlement de fabrique* » ; dans le même sens, l'ouvrier pouvait se départir du contrat, sans respecter le préavis légal, si le maître de fabrique ne remplissait pas ses obligations envers lui, s'il le traitait d'une manière contraire à la loi ou

encore venu d'introduire l'assurance-accidents par voie legislative, le système de l'assurance ne tarderait cependant pas à remplacer celui de la responsabilité civile ». Peu de temps après, le 26 octobre 1890, la Confédération a obtenu une première compétence législative dans le domaine des assurances sociales ; celle-ci l'habilitait à introduire, « *par voie législative, l'assurance en cas d'accident et de maladie* » (insertion d'un art. 34*bis* aCst. 1874). Sur la nécessité de remplacer la responsabilité civile de l'employeur par une assurance obligatoire, *cf.* Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la compétence législative à accorder à la Confédération en matière d'assurance contre les accidents et les maladies du 28 novembre 1889, FF 1890 I 309.

462 BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 231 : « *[…] la loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, […], remplaça la responsabilité de l'employeur par une obligation d'assurance, transférant cette matière au droit public* ». *Cf.* aussi MAHON, L'évolution récente du droit du travail, p. 10 : « *On a […] passé, progressivement – et partiellement – de l'idée de faute à celle de risque (professionnel, d'abord) ; de l'idée de responsabilité individuelle à celle de solidarité ; bref, du droit libéral au droit social. En conséquence, on a admis que l'Etat devait intervenir et qu'il fallait rechercher de nouveaux modes de protection sociale* ».

463 Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (LAMA), RO 28 351 (FF 1911 III 815). Si l'assurance-accidents était obligatoire, l'assurance-maladie n'était que facultative. L'assurance-maladie des soins médicaux n'est devenue obligatoire qu'avec effet au 1er janvier 1996, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal, RS 832.10 ; RO 1995 1328). La partie de la LAMA relative à l'assurance-accidents a été abrogée avec effet au 1er janvier 1984, par la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA, RS 832.20 ; RO 1982 1676) ; la partie relative à l'assurance-maladie l'a été à son tour, le 1er janvier 1996, lors de l'entrée en vigueur de la LAMal.

464 *Cf.* HUG, CLTr, n° 5, pp. 3-4.

au contrat, ou s'il tolérait de la part de quelqu'un d'autre un traitement de ce genre (*cf.* art. 9 al. 1 LFab 1877).

iii) La réglementation afférente au paiement des salaires

Une autre norme de droit privé, l'art. 10 LFab 1877, obligeait le fabricant à verser son salaire à l'ouvrier tous les 15 jours au minimum (art. 10 al. 1 LFab 1877) ; les règlements de fabrique et les conventions spéciales entre patrons et ouvriers pouvaient toutefois opter pour un paiement mensuel des salaires (art. 10 al. 2 LFab 1877).

Le salaire devait être payé dans la fabrique, au comptant et en monnaie ayant cours légal (art. 10 al. 1 LFab 1877). L'employeur avait par ailleurs l'interdiction d'opérer, sur le salaire des ouvriers, une retenue pour un but spécial, à moins que celle-ci ne fût expressément prévue par une convention liant l'ouvrier à son patron (art. 10 al. 3 LFab 1877).

ddd) Les dispositions exécutoires et pénales et les voies de droit

L'exécution de la loi sur les fabriques était du ressort des cantons ; ceux-ci étaient notamment tenus d'adresser au Conseil fédéral un rapport annuel à ce propos (art. 17 LFab 1877). Des inspecteurs permanents devaient veiller à la correcte application et au respect de la loi (art. 18 LFab 1877) et les tribunaux étaient compétents pour sanctionner toute contravention par le prononcé d'une amende d'un montant de CHF 5.- à CHF 500.- et, en cas de récidive, d'un emprisonnement d'une durée maximale de trois mois (art. 19 LFab 1877)[465].

Si les inspecteurs des fabriques sont à l'origine de l'administration du travail et du droit administratif du travail, le système de sanctions mis en place par la LFab 1877 constitue pour sa part l'ancêtre du droit pénal du travail que nous connaissons actuellement[466].

Quant aux contestations relatives à la résiliation des rapports de travail ou à « *d'autres points* » du contrat de travail (contestations de droit civil), elles devaient être tranchées par le juge compétent (*cf.* art. 9 al. 2 LFab 1877).

---

[465] FF 1875 IV 593 (602-603) : le projet du Conseil fédéral du 2 novembre 1875 était plus sévère ; il prévoyait, à son art. 18, des amendes dont le montant variait entre CHF 20.- et CHF 2'000.- et, en cas de récidive, un emprisonnement de six mois au maximum. *Cf.* aussi DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DU COMMERCE ET DE L'AGRICULTURE, Commentaire LFab 1877, *ad* art. 18, pp. 109-119 ; SIGG, pp. 82 et 97 : le montant de l'amende moyenne pour une violation de l'art. 15 LFab 1877, par exemple, s'élevait, en 1906/1907, à CHF 29.32 ; l'emprisonnement n'a jamais été prononcé à l'encontre d'un patron de fabrique et ce, « *quelque grave que fût la violation de la loi qu'il s'était permise* ».

[466] EICHHOLZER, Aperçu, p. 205.

bb) La loi fédérale sur le travail dans les fabriques des 18 juin 1914 et 27 juin 1919

Dès le début du XX^e siècle, la nécessité de réviser la LFab 1877 (*supra*, aa)), afin de l'adapter aux changements intervenus dans le secteur de l'industrie, est apparue[467]. Les modifications de l'économie suisse entre 1874 et 1914 relevaient plus de l'augmentation que de la transformation[468] : le nombre de fabriques soumises à la LFab 1877 était passé de 2'642 en 1882, à 6'080 en 1901 et à 8'336 en 1921[469]. Cette croissance industrielle était le résultat de trois facteurs : l'augmentation notable de la population au cours de la seconde partie du XIX^e siècle[470] ; l'essor des industries existantes (la broderie, l'horlogerie, les industries mécaniques et la fabrication de cotonnades) ; l'apparition de nouvelles branches, notamment dans l'industrie alimentaire (fabrication de la bière, du lait condensé, du chocolat, *etc.*), l'industrie du tabac, les industries électro-chimiques et électro-métallurgiques et dans le domaine des produits chimiques[471].

La révision totale de la LFab 1877 a été officiellement demandée en 1904, par le biais d'une motion déposée par le Conseiller national Fritz Studer (PS)[472].

Le 6 mai 1910, le Conseil fédéral a publié un Message, accompagné d'un projet de loi sur les fabriques, à l'intention des Chambres fédérales[473]. Après avoir quelque peu remanié le

---

467 Avec effet au 1^er janvier 1906, la LFab 1877 avait d'ailleurs été complétée par une loi fédérale qui limitait la durée du travail le samedi et la veille des jours fériés légaux à 9 heures (étant précisé que cette durée incluait le temps pour effectuer les travaux de nettoyage nécessaires) et interdisait le travail après 17h00. Il s'agissait de la loi fédérale complétant la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 (durée de la journée du travail du samedi ; *etc.*) du 1^er avril 1905, RO 21 358 (FF 1905 II 891). *Cf.* aussi Circulaire du Conseil fédéral à tous les gouvernements cantonaux concernant l'exécution de la loi fédérale complétant la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 14 juillet 1905, FF 1905 IV 705 ; Circulaire du Conseil fédéral à tous les gouvernements cantonaux concernant l'exécution de la loi fédérale sur le travail du samedi dans les fabriques du 20 décembre 1905, FF 1905 VI 589.

468 BABEL, p. 126.

469 BOCN 1913, p. 451. *Cf.* aussi BABEL, p. 130 ; DE MADAY, pp. 166-167 ; SIGG, p. 459 et nbp 2.

470 BABEL, p. 132.

471 BABEL, p. 128.

472 La motion « *Révision de la loi sur les fabriques* » (motion « *Studer* »), qui invitait le Conseil fédéral « *à faire rapport, le plus promptement possible, sur la question de savoir s'il n'y a pas lieu de réviser la loi sur le travail dans les fabriques, dans le but de réduire la durée du travail, de rendre plus efficace la protection des ouvriers et, en général, d'assurer un plus grand développement des principes qui sont à la base de la loi et des règlements d'exécution* », a été adoptée par le Conseil national, à l'unanimité, le 12 avril 1904. *Cf.* Rapport présenté à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral sur sa gestion de 1904, FF 1905 I 433 (438).

473 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la loi sur le travail dans les fabriques du 6 mai 1910, FF 1910 IV 113.

projet du Conseil fédéral[474], les Chambres fédérales ont adopté la nouvelle loi fédérale sur les fabriques, à l'unanimité, en date des 17 et 18 juin 1914[475]. A la fin de la Première Guerre mondiale, alors qu'elle n'était pas encore entrée en vigueur, la LFab 1914 a été amendée par la loi fédérale concernant la durée du travail dans les fabriques du 27 juin 1919 (la LFab 1919 modifiait les art. 40-64 LFab 1914)[476]. A défaut d'une demande de référendum, la LFab 1914/1919 est entrée en vigueur, dans son intégralité, après la fin de la Première Guerre mondiale, le 1er janvier 1920[477]. La loi a été complétée par une Ordonnance d'exécution du 3 octobre 1919 (OLFab 1919)[478].

La LFab 1914/1919 comptait 96 articles, répartis en huit Titres : Dispositions générales (Titre I, art. 1-39) ; Durée du travail (Titre II, art. 40-64), Travail des femmes (Titre III, art. 65-69) ; Travail des jeunes gens (Titre IV, art. 70-77) ; Institutions patronales (Titre V, art. 78-80) ; Dispositions exécutoires (Titre VI, art. 81-87) ; Dispositions pénales (Titre VII, art. 88-92) ; Dispositions finales (Titre VIII, art. 93-96).

La protection légale demeurait invocable par le seul ouvrier de fabrique (*infra*, aaa)) et la LFab 1914/1919 était, tout comme sa prédecessrice, une loi de droit public, qui comprenait à la fois des prescriptions de droit public (*infra*, bbb)) et des dispositions de droit privé régissant les rapports entre l'ouvrier et le fabricant (*infra*, ccc))[479]. En matière de procédure et de surveillance, la LFab 1914/1919 reprenait en grande partie les principes consacrés par l'ancienne loi (*infra*, ddd)).

aaa) Le champ d'application personnel

Le champ d'application de la LFab 1914/1919, bien que sensiblement plus large que celui de la LFab 1877 (entrait désormais dans la définition de la fabrique tout établissement industriel qui occupait plusieurs ouvriers hors de leur logement, soit dans les locaux de l'établissement et sur les chantiers en dépendant, soit au dehors à des travaux en corrélation avec l'exploitation industrielle ; *cf.* art. 1 LFab 1914/1919 et art. 1 OLFab 1919), n'englobait toujours pas les travailleurs des arts et métiers.

474 *Cf.* BOCN 1913, pp. 441-883 ; BOCN 1914, pp. 311-361 ; BOCE 1914, pp. 25-148 et 188-213.

475 Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914 (LFab 1914), RO 30 539 (FF 1914 III 579). *Cf.* aussi BOCN 1914, p. 411 ; BOCE 1914, pp. 214-215.

476 Loi fédérale concernant la durée du travail dans les fabriques du 27 juin 1919, RO 35 798 (FF 1919 III 889).

477 *Cf.* Arrêté du Conseil fédéral du 3 octobre 1919, RO 35 797.

478 Ordonnance concernant l'exécution de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 3 octobre 1919 (OLFab 1919), RO 35 806.

479 *Cf.* FF 1967 II 249 (255).

Il faudra attendre le 5 juillet 1908 pour que la Confédération obtienne le droit de légiférer dans le domaine des arts et métiers (insertion d'un art. 34*ter* aCst. 1874) et le 1er octobre 1923 pour qu'entre en vigueur une loi fédérale statuant des prescriptions uniformes sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers (*infra*, B, 1., a)).

Comme la LFab 1877, la LFab 1914/1919 trouvait application aussi bien dans les fabriques privées que dans celles détenues par la Confédération[480].

bbb) Les dispositions de droit public

Au même titre que la LFab 1877, la nouvelle loi contenait des prescriptions de droit public relatives à la protection de la santé et de l'intégrité corporelle des travailleurs (art. 5-9 LFab 1914/1919 ; *infra*, i)), à la réglementation de la durée du travail et du repos (art. 40-50 et 57-64 LFab 1914/1919 ; *infra*, ii)), à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche (art. 43, 51-56 et 59-64 LFab 1914/1919 ; *infra*, iii)), ainsi qu'à la protection des femmes (art. 65-69 LFab 1914/1919 ; *infra*, iv)) et à celle des jeunes gens (art. 70-77 LFab 1914/1919 ; *infra*, v)).

Les art. 10-19 LFab 1914/1919, à teneur desquels, le fabricant devait édicter un règlement de fabrique et tenir un état des ouvriers travaillant dans son établissement, constituaient également des dispositions de droit public[481].

i) La protection de la santé

Les art. 5-9 LFab 1914/1919 énonçaient les prescriptions à respecter pour protéger la santé et l'intégrité corporelle des travailleurs, ainsi que les procédures à suivre pour prévenir les accidents et les maladies professionnels (mesures de protection de la santé à prendre, procédure d'approbation des plans pour construire ou transformer une fabrique, procédure d'autorisation pour débuter l'exploitation d'une fabrique, procédure à respecter en cas de découverte, en cours d'exploitation, d'inconvénients qui compromettent la santé ou la vie des ouvriers ou de la population avoisinante).

ii) La durée du travail et du repos

En matière de durée du travail et du repos, la LFab 1914/1919 s'est distinguée de la LFab 1877 à plus d'un titre.

---

480 FF 1910 IV 113 (157) : « *Comme on le sait, la Confédération, possède un certain nombre d'entreprises industrielles soumises à la loi sur les fabriques et traitées sous ce rapport sur le même pied que les entreprises privées. Nous admettons que rien ne sera changé à cet état de choses* ».

481 Par rapport à la LFab 1877, la LFab 1914/1919 innovait toutefois, en instituant une procédure de consultation des ouvriers lors de l'élaboration du règlement de fabrique (*cf.* art. 15 LFab 1914/1919).

L'un des changements les plus spectaculaires résidait dans l'abaissement de la durée maximale de la semaine normale de travail : alors que sous l'empire de la LFab 1877, la durée maximale de la semaine normale de travail atteignait 65 heures (l'art. 11 al. 1 LFab 1877 fixait la durée maximale de la journée de travail à 11 heures, respectivement, à 10 heures le samedi et la veille des jours fériés ; *supra*, aa)), la nouvelle loi a abaissé cette durée à 48 heures (*cf.* art. 40 LFab 1914/1919), ce qui correspondait à six journées hebdomadaires de travail d'une durée de 8 heures chacune.

Des exceptions à la durée normale de la semaine de travail ne pouvaient être décrétées par le Conseil fédéral, que moyennant le respect des conditions strictes énoncées à l'art. 41 LFab 1914/1919. En réponse à la crise économique de l'après-guerre et suite au dépôt de deux motions demandant à ce qu'une prolongation de la durée de la semaine normale de travail pût être décrétée plus aisément par le Conseil fédéral[482], une loi fédérale modifiant l'art. 41 LFab 1914/1919 a été adoptée le 1er juillet 1922[483] ; conformément à celle-ci, le Conseil fédéral devait être autorisé à augmenter la durée hebdomadaire du travail jusqu'à 54 heures en temps de crise économique grave ou en présence d'autres motifs graves justifiant pareille augmentation. Cette loi a toutefois été rejetée lors de la votation populaire du 17 février 1924[484]. Une initiative populaire qui proposait de modifier l'art. 34 aCst. 1874, afin d'y inscrire le principe du plafonnement de la durée maximale de la semaine de travail à 44 heures, a quant à elle été rejetée par le peuple et les cantons en date du 26 octobre 1958 ; si cette initiative avait été acceptée, elle aurait eu pour effet de modifier en conséquence l'art. 40 al. 1 LFab 1914/1919[485].

---

[482] La Motion Abt et consorts du 13 octobre 1921 invitait le Conseil fédéral à déposer à bref délai un projet de révision de la LFab 1914/1919, fixant la durée de la journée de travail à 9 heures (avec prolongation à 10 heures pour les industries saisonnières et pour les cas spécialement désignés par le Conseil fédéral), « *en vue de réduire le coût de la production et de permettre de nouveau l'écoulement [des] produits industriels sur les marchés étrangers* ». La motion Walther du 23 mars 1922 avait une teneur somme toute similaire puisqu'elle plaidait en faveur d'une révision de la LFab 1914/1919 « *en vue d'introduire le principe de la durée de travail différentielle* » afin de tenir compte *« des conditions de la crise économique actuelle ainsi que de la nécessité de relever la production nationale et de la fortifier contre la concurrence étrangère* ». Concernant ces deux motions, *cf.* La motion Abt et les fédérations, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 12-1921, pp. 101-102.

[483] Loi fédérale du 1er juillet 1922 modifiant l'art. 41 de la loi sur les fabriques du 18 juin 1914/27 juin 1919, FF 1922 II 793.

[484] Arrêté du Conseil fédéral concernant le résultat de la votation populaire du 17 février 1924 sur la loi fédérale du 1er juillet 1922 modifiant l'article 41 de la loi sur les fabriques du 18 juin 1914/27 juin 1919, du 18 mars 1924, FF 1924 I 536.

[485] L'initiative a été rejetée par 586'818 voix contre 315'790 et 21½ cantons contre ½. *Cf.* Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire pour l'introduction de la semaine de 44 heures du 8 octobre 1955, FF 1955 II 697 ; Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur

La LFab 1914/1919 a également innové en promulguant l'obligation du fabricant de verser un supplément de salaire de 25 % en cas de prolongation de la durée de la journée normale de travail (art. 27 et 48 LFab 1914/1919). Si les dispositions régissant les suppléments de salaire appartiennent formellement au droit privé, elles ont été « *établies sous la forme de prescriptions de caractère mixte de telle sorte que leur application devait également être l'objet de contrôles administratifs* »[486].

En matière de repos, l'art. 42 LFab 1914/1919 accordait aux ouvriers le droit à une pause d'au moins une heure en milieu de journée[487]. Cette disposition introduisait une nouveauté puisqu'elle prévoyait que le temps de pause ne pouvait être déduit de la journée de travail que si la faculté de quitter leur poste était offerte aux ouvriers.

L'art. 45 LFab 1914/1919 insistait sur le caractère impératif des prescriptions limitant la durée du travail puisque, d'une part, il consacrait l'interdiction d'éluder lesdites prescriptions en donnant aux ouvriers de l'ouvrage à domicile et, d'autre part, il interdisait aux ouvriers de travailler dans la fabrique, même volontairement, en dehors de la journée autorisée par la loi.

iii) L'interdiction du travail de nuit et du dimanche

Si, comme la LFab 1877, la LFab 1914/1919 soumettait la licéité du travail de nuit[488] et du dimanche à un régime d'exceptions (art. 43, 51-56 et 59-64 LFab 1914/1919), elle s'en distinguait en promulguant l'obligation du fabricant de verser un supplément de salaire de 25 % en cas d'accomplissement d'un tel travail (art. 27 et 52 LFab 1914/1919). Comme précédemment indiqué (*supra*, ii)), les dispositions régissant les suppléments de salaire ont été édictées sous la forme de droit mixte : bien que rattachées au droit privé, des procédures administratives existaient afin de veiller à leur correcte application[489].

---

l'initiative populaire pour l'introduction de la semaine de 44 heures du 13 décembre 1957, FF 1957 II 1115 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation du 26 octobre 1958 sur l'initiative populaire pour l'introduction de la semaine de 44 heures (Réduction de la durée du travail), du 21 novembre 1958, FF 1958 II 1493.

486 FF 1967 II 249 (255-256).

487 L'octroi de cette pause n'était pas obligatoire lorsque la journée ne dépassait pas huit heures et qu'elle était interrompue par une pause d'une demi-heure au moins ; il en allait de même lorsque la journée prenait fin à une heure au plus tard (*cf.* art. 43 al. 1 LFab 1914/1919).

488 La notion de « *travail de nuit* » se référait au travail effectué entre 8 heures du soir et 5 heures du matin (pendant la période du 1er mai au 15 septembre) ou entre 8 heures du soir et 6 heures du matin (le restant de l'année ; *cf.* art. 43 LFab 1914/1919).

489 FF 1967 II 249 (255-256).

iv) Les prescriptions spécifiques au travail des femmes

La LFab 1914/1919 a renforcé les mesures de protection des femmes et de la maternité au travail. L'adoption de la nouvelle loi a en effet permis le remplacement de l'art. 15 LFab 1877, qui constituait alors l'unique disposition relative au travail des femmes, par une réglementation plus conséquente, reposant désormais sur les art. 65-69 LFab 1914/1919.

Les art. 65-68 LFab 1914 s'appliquaient de manière générale, à toutes les femmes, quel que soit leur âge ou leur état civil, qu'elles soient enceintes ou non. L'art. 65 LFab 1914/1919 proscrivait l'occupation des femmes la nuit et le dimanche et chargeait le Conseil fédéral de désigner les branches de fabrication et les travaux auxquels il était interdit d'employer des femmes[490], comme le faisait jusqu'alors l'art. 15 al. 1, 3 et 4 LFab 1877. L'art. 66 LFab 1914/1919 indiquait que la durée du repos de nuit pour les femmes devait atteindre 11 heures consécutives au moins et être comprise, dans tous les cas, dans l'intervalle allant de 10 heures du soir à 5 heures du matin ; il s'agissait d'une prescription nouvelle, qui n'avait pas d'équivalent dans l'ancienne loi sur les fabriques[491]. L'art. 68 LFab 1914/1919, qui introduisait des aménagements supplémentaires pour les ouvrières ayant la charge d'un ménage (droit de quitter l'ouvrage une demi-heure avant le repos de midi, lorsque la durée de celui-ci était inférieure à une heure et demie), reprenait presque textuellement le principe jusqu'alors consacré par l'art. 15 al. 2 LFab 1877[492]. Quant à l'art. 68 al. 3 LFab 1914/1919, il a innové, en prévoyant, qu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de son entrée en vigueur (soit, à compter du 1er janvier 1925), les ouvrières chargées des soins d'un ménage devraient, à leur demande, être autorisées à chômer le samedi après-midi (*cf.* art. 184 OLFab 1919) ; il devait s'agir d'un congé non payé[493]. Selon le Conseiller national Albert Schwander, il était en effet primordial que les ouvrières pussent obtenir un congé le samedi après-midi afin d'être en mesure de faire le ménage et, partant, afin que leur famille pût bénéficier d'une maison propre le dimanche[494]. L'art. 68 LFab 1914/1919 protégeait la femme en sa qualité d'épouse et de mère de famille ; reposant sur une conception traditionnelle de la répartition des tâches entre époux,

490 La liste des travaux proscrits figurait à l'art. 183 OLFab 1919.

491 Une prolongation de la journée de travail des femmes pouvait toutefois intervenir, moyennant le respect des conditions fixées par les art. 66 et 67 LFab 1914/1919.

492 La notion de « *ménage* » faisait référence aux « *soins à consacrer à la famille* », de sorte que seule la « *situation de l'ouvrière à la maison* » était déterminante et que l'état civil ne jouait aucun rôle. Il s'agissait d'une mesure de protection de la vie familiale. Sur ce point, *cf.* FF 1944 I 825 (901-902) ; FF 1910 IV 113 (188).

493 FF 1910 IV 113 (189).

494 BOCN 1913, p. 764 : « *Es wird ihr aber namentlich auch erleichtert, das Heim sauber und blank für den Sonntag herzurichten* ».

une telle protection se révélera incompatible avec le principe de l'égalité des sexes inscrit dans la Constitution le 14 juin 1981 (art. 4 al. 2 aCst. 1874, art. 8 al. 3 Cst.)[495].

Par rapport à l'art. 15 LFab 1877, l'art. 69 LFab 1914/1919 améliorait quelque peu la protection des ouvrières pendant la maternité : si l'art. 69 al. 1 LFab 1914/1919 reprenait le principe de l'interdiction légale de travailler initialement consacré par l'art. 15 al. 2 LFab 1877, il en modifiait les contours puisque, désormais, l'interdiction légale ne devait s'appliquer qu'à la période *post partum* et sa durée minimale était réduite de 8 à 6 semaines. L'art. 69 LFab 1914/1919 innovait encore à deux égards : d'une part, il promulguait le droit des ouvrières enceintes de quitter le travail sur simple avis de leur part (art. 69 al. 5 LFab 1914/1919) et, d'autre part, il conférait une protection contre le licenciement donné en temps inopportun ou de manière abusive[496]. L'art. 69 LFab 1914/1919 énonçait ainsi à la fois des prescriptions de droit public (interdiction légale de travailler et droit de quitter le travail sur simple avis ; *cf.* art. 69 al. 1 et 5 LFab 1914/1919) et de droit privé (protection contre la résiliation ; *cf.* art. 69 al. 2 et 5 LFab 1914/1919).

v) Les prescriptions spécifiques au travail des jeunes gens

Les art. 70-77 LFab 1914/1919 réglementaient le « *travail des jeunes gens* » et se substituaient à l'art. 16 LFab 1877. L'ancienne réglementation était en grande partie reprise (âge d'admission au travail dans les fabriques fixé à 14 ans, interdiction d'employer des jeunes âgés de moins de 18 ans la nuit ou le dimanche, compétence du Conseil fédéral pour désigner les branches de fabrication et les travaux auxquels il est interdit d'employer les jeunes gens de moins de 16 ans, notamment).

---

[495] *Cf.* Egalité des droits entre hommes et femmes (Modification de la Constitution fédérale), RO 1981, p. 1243 ; Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 14 juin 1981 (Egalité des droits entre hommes et femmes ; protection des consommateurs) du 17 août 1981, FF 1981 II 1216 ; Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire « *Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes* » du 10 octobre 1980, FF 1980 III 713. *Cf.* aussi Message sur l'initiative populaire « *Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes* » du 14 novembre 1979, FF 1980 I 73. Sur la genèse de l'art. 4 al. 2 aCst., *cf.* CHAPONNIÈRE-GRANDJEN MARTINE, Geschichte einer Initiative – Gleiche Rechte für Mann und Frau, Verlagsgruppe Gleiche Rechte für Mann und Frau, Zurich 1983.

[496] La protection contre la résiliation dont bénéficiait l'ouvrière du fait de sa maternité relevant du droit privé, elle sera analysée dans la partie de cette étude consacrée aux dispositions de droit privé énoncées par la LFab 1914/1919 (*cf. infra*, ccc)).

ccc) Les dispositions de droit privé

Bien qu'appartenant au droit public, la LFab 1914/1919 contenait des dispositions de droit privé, qui régissaient les rapports entre ouvriers et fabricants (*cf.*, p. ex., art. 20-29, 69 al. 2 et 5 LFab 1914/1919)[497].

Tel était le cas, en particulier, des art. 21-24, 26 et 69 al. 2 LFab 1914/1919, relatifs à la fin des rapports de travail (*infra*, i)) et de l'art. 25 LFab 1914/1919 qui arrêtait les modalités à respecter en matière de paiement des salaires (*infra*, ii)).

En outre, l'art. 20 LFab 1914/1919 opérait un renvoi aux règles contenues dans le Code des obligations, de sorte que, dans la mesure où la loi n'en disposait autrement, les rapports juridiques de travail entre l'ouvrier et le fabricant devaient être régis par le Code des obligations. Les rapports entre employés et fabricants étaient, pour leur part, exclusivement soumis au Code des obligations ; la LFab 1914/1919 ne s'appliquaient en effet pas à ceux-ci (*cf.* art. 20 LFab 1914/1919).

i) La réglementation de la fin des rapports de travail

Les art. 21-24, 26 et 69 al. 2 et 5 LFab 1914/1919 avaient trait à la fin des rapports de travail.

Comme l'avait fait en son temps l'art. 9 LFab 1877, l'art. 21 al. 1 LFab 1914/1919 obligeait la partie qui souhaitait se départir des rapports de travail à respecter un délai de congé de 14 jours. S'agissant de droit dispositif, la durée du délai de préavis pouvait cependant être modifiée par le biais d'une clause écrite du contrat de travail, d'une convention collective ou d'un contrat-type de travail ; les parties pouvaient également convenir de supprimer tout délai de congé à respecter (*cf.* art. 21 al. 2 LFab 1914/1919, art. 9 al. 1 LFab 1877). L'art. 21 al. 2 LFab 1914/1919 se distinguait cependant de l'art. 9 LFab 1877, puisqu'il proscrivait les délais de congé de durée inégale (*cf.* art. 21 al. 2 LFab 1914/1919 : « *[…] ; dans tous les cas, les délais seront égaux pour les deux parties* ») ; ce faisant, le droit public reprenait un principe consacré par le Code des obligations (*cf.* art. 347 al. 3 aCO : « *Les délais conventionnels de congé ne peuvent être différents pour les deux parties* » ; *supra*, III., B., 2., a)).

Contrairement à la LFab 1877, la LFab 1914/1919 ne contenait aucune disposition sur la résiliation immédiate du contrat de travail (pour rappel, l'art. 9 LFab 1877 autorisait le fabricant à mettre un terme aux relations de travail, sans être tenu de respecter le délai légal de préavis de 14 jours, lorsque l'ouvrier s'était « *montré incapable de faire le travail commencé* » ou s'était « *rendu coupable d'une violation grave du règlement de fabrique* » ; l'ouvrier jouissait du même droit lorsque le maître de fabrique ne remplissait

[497] *Cf.* FF 1967 II 249 (255). *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, pp. 36-37.

pas ses obligations envers lui, le traitait d'une manière contraire à la loi ou au contrat, ou tolérait un traitement de ce genre de la part de quelqu'un d'autre). La faculté de résilier les rapports de travail avec effet immédiat et sans avertissement préalable en présence de justes motifs ayant été insérée dans le Code des obligations de 1911 (*cf.* art. 352 aCO ; *supra*, III., B., 2., a)), il n'était plus nécessaire qu'elle figure également dans la législation de protection ouvrière (l'art. 20 LFab 1914/1919 prévoyait en effet l'application, à titre subsidiaire, des règles du Code des obligations dans les relations de travail entre ouvriers et fabricants).

Bien qu'expressément consacrés par le Code des obligations de 1911 (*cf.* art. 350 et 353 aCO ; *supra*, III., B., 2., a)), le principe de la période d'essai (période probatoire de 14 jours, durant laquelle les parties sont libres de se départir du contrat sans devoir respecter de formalités particulières ; *cf.* art. 24 LFab 1914/1919) et celui du paiement d'une indemnité en cas de « *rupture illégale* » des rapports de travail (*cf.* art. 26 LFab 1914/1919) ont en revanche été insérés dans la législation ouvrière lors de l'adoption de la LFab 1914/1919. Conformément à l'art. 26 LFab 1914/1919, lorsque le fabricant résiliait les rapports de travail au mépris du délai de préavis (*cf.* art. 21 LFab 1914/1919), il était tenu de verser à l'ouvrier lésé une indemnité équivalant à 6 jours de salaire ; si la résiliation était le fait de l'ouvrier, le montant de l'indemnité était fixé à 3 jours de salaire.

L'adoption de la LFab 1914/1919 a permis de réaliser une avancée décisive en matière de protection des travailleurs : les art. 23 et 69 al. 2 LFab 1914/1919, ancêtres de l'actuel art. 336*c* CO, ont été les premières normes à consacrer une protection contre le licenciement en temps inopportun. Alors que l'art. 23 lit. a LFab 1914/1919 interdisait le licenciement pendant une incapacité de travail due à un accident ou à une maladie, dans la mesure où l'incapacité n'était pas imputable à l'ouvrier et aussi longtemps qu'elle n'avait pas dépassé 4 semaines, l'art. 69 al. 2 LFab 1914/1919 prohibait le licenciement d'une ouvrière pendant la période d'interdiction légale de travailler (qui comprenait les 6 semaines suivant l'accouchement ; *cf.* art. 69 al. 1 LFab 1914/1919) ou pour un terme échéant durant cette période. Le congé notifié pendant une période de protection était sanctionné de nullité[498]. Première loi à introduire une protection contre le licenciement en temps inopportun, la LFab 1914/1919 a également tenu un rôle de pionnier en matière de protection contre la résiliation abusive, puisque l'art. 23 lit. b LFab 1914/1919 proscrivait au fabricant de résilier le contrat de travail « *pour cause de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale* » ; l'ouvrier licencié pour un tel motif bénéficiait d'une suspension du

[498] *Cf.* BÖSCH ROSE-EMILIE, Die Frau im schweizerischen Arbeitsrecht, Universitätsbuchhandlung, Fribourg 1947, pp. 79-80 ; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Rechtsprobleme der Mutterschaft im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Verlag Hans Schellenberg, Winterthour 1987, p. 266.

délai de congé pendant la période de service[499]. L'art. 69 al. 5 LFab 1914/1919 consacrait également une protection contre la résiliation abusive. Cette disposition interdisait, sous peine de nullité du congé, de licencier une ouvrière en raison du fait qu'elle avait fait usage de son droit de ne pas se rendre au travail ou de le quitter sur simple avis (droit qui découlait également de l'art. 69 al. 5 LFab 1914/1919)[500]. Si cette disposition mérite d'être saluée, son importance doit toutefois être relativisée : seul le congé donné en raison de l'absence de l'ouvrière résultant de l'exercice des droits conférés par l'art. 69 al. 5 LFab 1914 était prohibé ; le licenciement pour cause de grossesse était en revanche licite. L'art. 69 al. 5 LFab 1914/1919 n'introduisait dès lors pas une interdiction absolue de licencier une ouvrière pendant sa grossesse.

L'apport de la législation sur le travail dans les fabriques (art. 23 et 69 LFab 1914/1919) en matière de protection contre le licenciement doit être souligné. A l'origine, en effet, le Code des obligations ne contenait aucune disposition interdisant le licenciement abusif ou donné en temps inopportun (*supra*, III., B., 2., a)). Il faudra attendre l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1972, de la révision des Titres X et X*bis* du CO du 25 juin 1971, pour qu'un art. 336*e* aCO (actuel art. 336*c* CO) prohibe le licenciement en temps inopportun et, le 1er janvier 1989, pour qu'une interdiction générale du licenciement abusif entre en vigueur (adoption des art. 336-336*b* CO ; *supra*, III., B., 2., b)).

ii) La réglementation afférente au paiement des salaires

L'art. 25 LFab 1914/1919, qui réglementait la « *paie* », reprenait pour l'essentiel les prescriptions qui figuraient jusqu'alors à l'art. 10 LFab 1877. Le fabricant était toutefois désormais tenu de verser son salaire à l'ouvrier tous les 14 jours (art. 25 LFab 1914/1919) et non plus tous les 15 jours au minimum (art. 10 al. 1 LFab 1877).

Les dispositions concernant le supplément de salaire de 25 % que le fabricant devait en cas de prolongation de la durée de la journée normale de travail (art. 27 et 48 LFab

499 Avec effet au 1er janvier 1950, l'art. 23 lit. b LFab 1914/1919 a été abrogé par la loi fédérale restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire du 1er avril 1949. Il s'agissait d'une loi de droit privé (« *Notre projet revêt purement un caractère de droit civil ; le droit public ne s'y mêle point* » ; FF 1948 II 629 (633)), qui interdisait de licencier un travailleur pour cause de service militaire (interdiction du licenciement abusif) ou pendant l'accomplissement d'un tel service (interdiction du licenciement en temps inopportun). *Cf.* Loi fédérale restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire du 1er avril 1949, RO 1949 1394 (FF 1949 I 648) ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet d'arrêté fédéral restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire du 4 juin 1948, FF 1948 II 629.

500 *Cf.* FF 1910 IV 113 (190).

1914/1919) et en cas de travail de nuit ou du dimanche (art. 27 et 52 LFab 1914/1919) appartenaient également au droit privé.

ddd) Les dispositions exécutoires et pénales et les voies de droit

L'exécution de la LFab 1914/1919 était du ressort des cantons ; dans ce cadre, ceux-ci étaient notamment tenus de désigner les organes chargés d'exécuter la loi sur leur territoire et de transmettre un rapport bisannuel au Conseil fédéral (*cf.* art. 83 LFab 1914/1919). La prévention des maladies et des accidents relevait, quant à elle, de la compétence de la CNA/SUVA[501] (art. 83 al. 4 LFab 1914/1919).

Le Conseil fédéral exerçait la haute surveillance et devait, en particulier, instituer des inspections fédérales des fabriques fonctionnant en tant qu'organe de contrôle (art. 84 LFab 1914/1919). Il incombait également au Conseil fédéral de nommer une commission des fabriques et de consulter celle-ci au sujet des questions qu'il devait régler par ordonnance ou par des arrêtés d'ordre général (art. 85 LFab 1914/1919).

Les contestations de droit civil résultant du contrat de travail devaient, pour leur part, être tranchées par l'autorité judiciaire cantonale compétente (art. 29 LFab 1914/1919)[502] ; les différends d'ordre collectif entre ouvriers et fabricants concernant les conditions de travail ainsi que l'interprétation et l'exécution de contrats collectifs ou de contrats-types devaient être portés devant les offices de conciliation institués par les cantons (art. 30-35 LFab 1914/1919). Les réclamations des ouvriers des ateliers fédéraux se rapportant aux conditions générales de travail devaient quant à elles être tranchées par le Conseil fédéral, après enquête et préavis préalables de la « *Commission des ateliers fédéraux* » (art. 36-38 LFab 1914/1919). L'introduction d'une procédure particulière pour les employés de la Confédération constituait une nouveauté ; la LFab 1877 ne réservait en effet aucun traitement spécifique aux ouvriers fédéraux. Si le Conseil fédéral admettait que les entreprises industrielles appartenant à la Confédération devaient être « *soumises à la loi sur les fabriques et traitées sous ce rapport sur le même pied que les entreprises privées* », il ne lui paraissait, en revanche, « *pas admissible que des conflits collectifs sur les conventions et décrets de l'administration fédérale et de l'administration des chemins de fer fédéraux concernant les conditions de travail soient soumis à des organes cantonaux* »[503].

---

501 La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA/SUVA) a été créée en 1918, en application de l'art. 41 LAMA.

502 A teneur de l'art. 29 al. 3 et 5 LFab 1914/1919, le jugement devait être rendu à l'issue d'une procédure orale, accélérée et gratuite. Il était en outre interdit aux parties de se faire représenter par des mandataires de profession (hormis, toutefois, en présence de « *circonstances personnelles particulières* » ; *cf.* art. 29 al. 3 LFab 1914/1919).

503 FF 1910 IV 113 (157).

Les contraventions aux dispositions de droit public de la LFab 1914/1919 étaient sanctionnées par le prononcé d'une amende d'un montant de CHF 5.- à CHF 500.- ; dans les cas graves, l'amende pouvait être cumulée avec une peine d'emprisonnement, d'une durée maximale de trois mois (art. 88 LFab 1914/1919). Les dispositions pénales ne s'appliquaient pas aux infractions résultant d'une contestation de droit civil (*cf.* art. 88 al. 1 LFab 1914/1919).

cc) Vers un droit ouvrier international

L'idée d'internationaliser le droit ouvrier a fait son apparition en Suisse dans le courant du XIX[e] siècle[504]. Suite à l'adoption de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877, les autorités helvétiques ont émis le souhait, à plusieurs reprises, que des conditions de travail similaires soient assurées dans plusieurs Etats, afin de préserver une concurrence équilibrée et éviter ainsi une « *asphyxie économique et industrielle* »[505]. La Suisse, qui avait « *elle-même fait ses expériences en petit* », a tenu un rôle « *spécialement important* » dans la « *formation d'une opinion européenne favorable à la législation ouvrière internationale* »[506].

Le 9 décembre 1880, le Conseiller fédéral Emil Frey a déposé une motion qui invitait le Conseil fédéral à « *entrer en négociations avec les principaux Etats industriels dans le but de provoquer la création d'une législation internationale sur les fabriques* »[507]. Bien que

---

504 Sur ce point, *cf.* BABEL, pp. 197-220 ; GROBÉTY, pp. 197-308 ; LEHNHERR, pp. 148-155 ; SCHREURS, pp. 158-163 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 18-23.

505 GROBÉTY, p. 312. *Cf.* aussi BERRA, n° 280 pp. 247-248 : « *Le patronat se trouve dans un dilemme d'importance, car il est partagé entre, d'une part, la nécessité de diminuer ses coûts de production pour faire face à la concurrence internationale et, d'autre part, les revendications des ouvriers, à travers la voix syndicale. Il était dans l'intérêt de tous de voir une certaine uniformisation des charges de production, afin d'équilibrer les relations commerciales internationales. En construisant un programme commun qui serait appliqué dans différents pays, les deux buts seraient atteints, à savoir la protection des ouvriers et l'équilibre du commerce international* » ; SCHIWOFF, p. 94.

506 BABEL, p. 200. La Suisse, de par sa structure confédérale, avait déjà été confrontée aux problèmes de distorsion de la libre concurrence entre cantons (chaque canton avait sa propre législation de protection ouvrière ; les cantons peu interventionnistes apparaissaient comme plus attrayants, plus concurrentiels aux yeux des patrons de fabriques) ; elle a choisi d'unifier le droit ouvrier par l'adoption de la loi fédérale sur les fabriques de 1877 afin de mettre un terme aux entraves à la libre concurrence intercantonale. *Cf.* aussi GROBÉTY, pp. 313 et 315, qui indique que « *Glaris est à l'échelon cantonal et intercantonal ce que la Suisse est au niveau national et international* » puisque tous deux furent des « *précurseurs* », des « *pionniers du droit ouvrier* » et des « *inaugurateurs d'une politique sociale* ».

507 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la question de la réglementation internationale de la protection ouvrière et la conférence de Berlin, du 9 juin 1890, FF 1890 III 619 (627). En 1876, le Conseiller fédéral Emil Frey s'était déjà demandé si « *la Suisse ne devrait pas provoquer la conclusion de traités internationaux tendant à régler les questions ouvrières d'une*

les Chambres fédérales eussent adopté la motion Frey en 1881, les démarches entreprises par le Conseil fédéral auprès des gouvernements des Etats français, belge, italien, anglais, allemand et autrichien sont demeurées sans succès[508]. Une nouvelle motion, émanant des Conseillers nationaux Caspar Descurtins et Georges Favon, a été déposée au Conseil national le 23 décembre 1887. Elle encourageait le Conseil fédéral à se mettre en rapport avec les Etats qui possédaient ou préparaient une législation sur le travail dont les principes concordaient avec ceux de la législation suisse, afin de « *régler par des traités internationaux ou par une loi internationale les points suivants : 1° la protection du travail des mineurs ; 2° la limitation du travail des femmes ; 3° le repos hebdomadaire ; 4° la journée normale de travail* »[509].

Il faudra attendre le début du XX^{e} siècle pour que le gouvernement helvétique parvienne à réunir les Etats industriels européens ; la Conférence internationale de Berne, qui s'est déroulée du 17 au 26 septembre 1906, a permis la ratification des deux premières conventions internationales de protection ouvrière (Convention internationale interdisant l'emploi du phosphore blanc dans l'industrie des allumettes et Convention internationale interdisant le travail industriel de nuit pour les femmes)[510]. La fin de Première Guerre mondiale coïncidera avec la création de l'Organisation internationale du Travail (OIT)[511], qui, depuis sa création, a joué un rôle capital dans le domaine de la protection des travailleurs, puisqu'elle a adopté pas moins de 189 Conventions et 202 Recommandations en la matière.

manière uniforme dans tous les Etats industriels ». *Cf.* Extrait des délibérations de l'Assemblée fédérale, FF 1876 II 972 (974).

508 FF 1890 III 619 (629-633). *Cf.* aussi GROBÉTY, pp. 212-221.

509 FF 1890 III 619 (634).

510 Circulaire concernant la convocation d'une conférence internationale (le 17 septembre 1906) pour la protection ouvrière, du 14 juin 1906, FF 1906 IV 187 ; Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements des Etats ayant pris part à la conférence de Berne sur l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie et de l'emploi du phosphore jaune dans la fabrication des allumettes, du 23 octobre 1906, FF 1906 V 171.

511 L'OIT a été fondée par les Etats membres de la Société des Nations (SDN) lors de la Conférence de paix qui a eu lieu le 25 janvier 1919 à Paris, sur la base du Traité de paix de Versailles du 28 juin 1919 (XIII^{e} Partie consacrée au Travail, art. 387-427). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la question de l'accession de la Suisse à la Société des nations du 4 août 1919, FF 1919 IV 567 (650-656) ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les décisions de la première Conférence internationale du travail, réunie à Washington, du 29 octobre au 29 novembre 1919, du 10 décembre 1920, FF 1920 V 443.

c) La législation fédérale sur le travail dans la fabrication d'allumettes

A la fin du XIX^e siècle, les ouvriers de fabriques n'étaient pas les seuls à bénéficier d'une protection sur leur lieu de travail. En effet, en raison des dangers que ces travaux représentaient pour la santé, plusieurs lois fédérales ont successivement été adoptées dans le domaine de la fabrication et de la vente d'allumettes. Il s'agissait de lois générales, qui régissaient le travail de toute personne employée dans l'industrie des allumettes, sans distinction ni d'âge, ni de sexe. La loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 2 novembre 1898 (LFVA), par exemple, soumettait la fabrication des allumettes de tout genre aux prescriptions de la loi fédérale sur les fabriques (LFab 1877, puis LFab 1914/1919 ; *supra*, b)), indépendamment du nombre d'ouvriers et de l'importance de l'exploitation (*cf.* art. 1 al. 1 LFVA)[512]. Le règlement d'exécution du 30 décembre 1899 subordonnait en outre la fabrication et la vente des allumettes à des exigences de sécurité spécifiques[513].

d) La législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transport et de communications

Dès la seconde moitié du XIX^e siècle et parallèlement au développement de la législation fédérale de protection ouvrière, différentes lois fédérales, adoptées sur la base des art. 26 (« *La législation sur la construction et l'exploitation des chemins de fer est du domaine de la Confédération* ») et 36 aCst. 1874 (« *Dans toute la Suisse, les postes et les télégraphes sont du domaine fédéral* »), ont tour à tour régi le travail dans les entreprises de transport et de communications : la loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des

---

[512] Loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 2 novembre 1898 (LFVA), RO 17 55 (FF 1898 IV 635). Cette loi, qui a succédé à la loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes phosphoriques et des allumettes-bougies du 23 décembre 1879 (RO V 31) et à la loi fédérale concernant la fabrication et la vente d'allumettes chimiques du 22 juin 1882 (RO VI 439, FF 1882 III 329), est restée en vigueur jusqu'au 1^er février 1966 (date de l'entrée en vigueur de la LTr ; RO 1966 57). *Cf.* également Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes phosphoriques du 21 novembre 1879, FF 1879 III 748 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 6 décembre 1881, FF 1881 IV 615 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi sur la fabrication, l'importation, l'exportation et la vente des allumettes au phosphore jaune du 23 novembre 1897, FF 1897 IV 967. Concernant la législation fédérale sur la protection des travailleurs occupés à la fabrication d'allumettes, *cf.* LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XL-XLVII et 81-87 ; LANDMANN, Geschichte, pp. 456-461 ; SIGG, pp. 219-238 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 16.

[513] Règlement d'exécution pour la loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 30 décembre 1899, RO 17 690. *Cf.* aussi Circulaire du Conseil fédéral à tous les Etats confédérés relative au règlement d'exécution pour la loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 30 décembre 1899, FF 1900 I 49.

chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872 (*infra*, aa)) ; la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 27 juin 1890 (*infra*, bb)) ; la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902 (*infra*, cc)) ; la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (*infra*, dd))[514]. Cette dernière loi sera abrogée par la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), qui est toujours en vigueur actuellement (*infra*, B, 3., a)).

La législation sur le travail dans les entreprises de transport et de communications ne concerne pas uniquement des entreprises publiques (CFF, p. ex.) ; les entreprises privées qui sont au bénéfice d'une concession de la Confédération tombent en effet également sous le coup de la législation précitée.

aa) La loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse de 1872

La loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872[515] renfermait une unique disposition de protection des travailleurs. Il s'agissait de l'art. 9, qui consacrait le droit des fonctionnaires et employés des chemins de fer de bénéficier d'au moins un dimanche de libre sur trois. Cette loi a succédé à la loi concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 28 juillet 1852, qui, pour sa part, ne contenait aucune disposition protectrice des travailleurs[516].

Une loi fédérale complémentaire a été adoptée le 14 février 1878[517]. Celle-ci a réduit la portée de l'art. 9 de la loi de 1872 en introduisant la possibilité, lorsque l'octroi du congé

---

514 Au sujet de la législation fédérale sur la protection des employés et ouvriers des entreprises de transport et de communications, *cf.* LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. XLVII-LIV et 89-106 ; LANDMANN, Geschichte, pp. 466-472 ; SIGG, pp. 187-218.

515 Loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872, RO XI 1. *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale touchant la révision de la loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 16 juin 1871, FF 1871 II 701.

516 Loi concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 28 juillet 1852. Cette loi a été adoptée « *en l'absence de toute disposition constitutionnelle* » en la matière. *Cf.* FF 1871 II 701 (704).

517 Loi fédérale complémentaire modifiant l'article 9 de la loi fédérale du 23 décembre 1872 sur l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse (dimanches libres) du 14 février 1878, RO 3 398 (FF 1878 I 247). *Cf.* également Message du Conseil

le dimanche était lié à des difficultés ou n'était pas praticable dans l'intérêt de la sûreté de l'exploitation, de remplacer le dimanche de libre par un congé tombant un jour de semaine.

bb) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport de 1890

Pour remédier à la protection insuffisante dont jouissaient les travailleurs occupés dans des entreprises de transport et de communications, une loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport a été élaborée et adoptée par l'Assemblée fédérale le 27 juin 1890[518]. Cette loi a abrogé la loi de 1878 (*supra*, aa)) ; *cf.* art. 8 de la loi de 1890). Elle s'appliquait à toute personne employée dans l'administration des postes[519] ou au service de l'exploitation des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des entreprises de transport concessionnées par la Confédération ou exploitées directement par elle (*cf.* art. 1 al. 1-2 de la loi de 1890) et posait des prescriptions semblables à celles contenues dans la loi fédérale sur les fabriques de 1877 : fixation de la durée de la journée normale de travail à 12 heures (art. 2), droit à des périodes de repos (art. 3 et 4)[520], interdiction du travail dominical sous réserve d'exceptions (art. 5), sanctions en cas de contravention (art. 7). La loi réservait en outre expressément les dispositions de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877 (*cf.* aussi art. 3 du règlement d'exécution : « *Les ouvriers des ateliers qui sont soumis à la loi sur les fabriques demeurent partout exclus de l'application de la loi du 27 juin 1890* »).

fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant une loi complémentaire modifiant l'article 9 de la loi du 23 décembre 1872 sur l'établissement des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse (dimanches libres), du 29 janvier 1878, FF 1878 I 150.

518 Loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 27 juin 1890, RO 11 658 (FF 1890 III 969). *Cf.* aussi Règlement d'exécution pour la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 6 décembre 1890, RO 11 661. *Cf.* également Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à une modification de l'article 9 de la loi concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer du 23 décembre 1872, du 28 novembre 1888, FF 1888 IV 997.

519 Concernant l'application de la loi fédérale du 27 juin 1890 aux travailleurs employés dans l'administration des postes, *cf.* Ordonnance relative à l'exécution, en ce qui concerne le service postal, de la loi fédérale relative à la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 9 janvier 1891, RO 12 28.

520 A teneur de l'art. 4 de la loi de 1890, les fonctionnaires, employés et ouvriers devaient obtenir, durant l'année, 52 jours libres convenablement répartis, dont 17 en tout cas devaient coïncider avec un dimanche ; aucune retenue ne devait être opérée sur le salaire à raison de ces congés.

Le 22 décembre 1892, une loi fédérale additionnelle a été adoptée afin de permettre l'application des prescriptions de la loi de 1890 dans l'administration des télégraphes et le service téléphonique[521].

cc) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902

La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902[522] a abrogé la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 27 juin 1890 et la loi fédérale additionnelle du 22 décembre 1892 (*supra*, bb)) ; *cf.* art. 13). La nouvelle loi s'appliquait aux personnes occupées au service d'exploitation des entreprises de chemins de fer et de navigation à vapeur, à l'administration des postes, celle des télégraphes, y compris celle des téléphones, ou à d'autres entreprises de transport et de communications concédées par la Confédération ou exploitées directement par elle (art. 1 al. 1-2). Tout comme sa prédécessrice, la loi réservait expressément les dispositions de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques de 1877 (art. 1 al. 3) et énonçait des prescriptions selon une systématique similaire à cette dernière : limitation de la durée réelle de la journée de travail des fonctionnaires, employés et ouvriers à 11 heures (art. 2), réglementation de la durée des périodes de repos (art. 3 et 8) et des heures de présence maximale (art. 4), droit à des congés et vacances rémunérés (*cf.*

[521] Loi fédérale additionnelle à la loi concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport (télégraphes) du 22 décembre 1892, RO 13 368. *Cf.* aussi Ordonnance concernant l'exécution de la loi fédérale additionnelle à la loi concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport (télégraphes) du 28 avril 1893, RO 13 381. *Cf.* également Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une loi additionnelle à la loi fédérale sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 11 novembre 1892, FF 1892 V 468.

[522] Loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902, RO 19 525 (FF 1903 I 1). *Cf.* aussi Règlement d'exécution pour la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 22 septembre 1903, RO 19 643 ; Ordonnance relative à l'exécution, en ce qui concerne le service postal, de la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 25 août 1903, RO 19 634 ; Ordonnance relative à l'exécution de la loi fédérale sur la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications en ce qui concerne les services télégraphique et téléphonique du 10 novembre 1903, RO 19 715. *Cf.* également Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la pétition de la société du personnel des entreprises suisses de transport pour la révision de la loi fédérale du 27 juin 1890 sur la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport du 11 mars 1898, FF 1898 II 737 ; Rapport du Conseil fédéral à la Commission du Conseil national pour la révision de la loi fédérale du 27 juin 1890 concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport du 9 mai 1899, FF 1899 IV 79.

art. 6-7)[523], dispositions particulières régissant le travail des femmes (*cf.* art. 5 al. 1 : « *Il est interdit d'occuper des femmes dans le service ininterrompu de nuit, c'est-à-dire de 11 heures du soir à 4 heures du matin. Réserve est faite en ce qui concerne les employées du télégraphe, du téléphone, les gardiennes, les surveillantes de cabinets de toilette, les femmes chargées du nettoyage ou de services de même nature* ») et le travail de nuit (*cf.* art. 5 al. 2-3 : « *Abstraction faite des gardes de nuit proprement dits, le même employé ne peut être occupé au service de nuit plus de quatorze jours par mois. Le travail de nuit, c'est-à-dire le travail entre 11 heures du soir et 4 heures du matin, doit être calculé avec une majoration de 25 % dans les tableaux de service* »), interdiction du travail le dimanche et les jours fériés (art. 9), sanctions en cas de violation de la loi (art. 12). Les art. 6-7 de la loi, qui obligeaient l'employeur à accorder un congé annuel ininterrompu de 8 jours au minimum, ont été les premières dispositions fédérales à garantir le droit à des vacances rémunérées[524].

dd) La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920

La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902 (*supra*, cc)) a été abrogée par la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT)[525]. La loi de 1920, qui s'appliquait aux personnes occupées par les chemins de fer fédéraux, l'administration des postes, des télégraphes et des téléphones et par les entreprises de transport et de

[523] A teneur de l'art. 6 de la loi de 1902, les fonctionnaires, employés et ouvriers avaient droit, durant l'année, à 52 jours libres, convenablement répartis, dont 17 en tout cas devaient coïncider avec un dimanche. Il existait également un droit à un congé ininterrompu de huit jours au moins, à prendre sur les 52 jours de repos annuel (*cf.* art. 7 al. 1). Après la 9e année de service ou la 33e année d'âge révolue, le personnel des chemins de fer principaux avait droit à ce congé ininterrompu en sus des 52 jours de repos annuel ; en outre, la durée du congé ininterrompu devait être prolongée d'un jour toutes les trois années de service supplémentaires (*cf.* art. 7 al. 2). Après la 10e année de service, le nombre de jours de repos par an, y compris le congé ininterrompu, devait être porté à 60 jours pour tous les autres fonctionnaires, employés et ouvriers des entreprises de transport et de communications (*cf.* art. 7 al. 3). Aucune retenue ne devait être opérée sur le salaire à raison des congés accordés en vertu de la loi (art. 7 al. 5).

[524] TSCHUDI, Geschichte, p. 17 : « *Mit dieser Regelung hat somit das Institut der bezahlten Ferien Eingang in unser Arbeitsrecht gefunden* ».

[525] Loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT), RO 36 791 (FF 1920 I 539). *Cf.* aussi les ordonnances I et II concernant la loi sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 12 août 1921, RO 37 623 et 642 ; Ordonnance concernant l'emploi de jeunes gens dans les entreprises de transport du 5 juillet 1923, RO 39 260.

communications concédées par la Confédération (art. 1 aLDT)[526], a abaissé la durée journalière du travail à 8 heures (*cf.* art. 3 al. 1 aLDT : « *La durée quotidienne du travail ne doit pas dépasser huit heures en moyenne dans un groupe de quatorze jours au plus, consécutifs ou séparés par des jours de repos isolés* »). La loi réglementait également la durée des périodes de repos (art. 4 et 6 aLDT), les jours de congé et de vacances rémunérés (art. 9-11 et 15 aLDT)[527], le travail de nuit (art. 7 aLDT), le travail des femmes et des femmes ayant accouché[528] (art. 8 aLDT), ainsi que le travail le dimanche et les jours fériés (art. 9 aLDT) ; en cas de violation de la loi, des sanctions étaient prévues (art. 19 aLDT).

Avec effet au 28 mai 1972, la loi du 6 mars 1920 a été abrogée par la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), qui est toujours en vigueur actuellement (*cf.* art. 28-29 LDT ; *infra*, B., 3., a))[529].

e) Les législations cantonales de protection des travailleurs

L'attribution de la compétence législative en matière de protection ouvrière à la Confédération en 1874 (art. 34 aCst. 1874) n'a pas sonné le glas de la législation cantonale,

---

[526] Les dispositions de la législation fédérale sur le travail dans les fabriques étaient expressément réservées (art. 1 al. 6 aLDT).

[527] A teneur de l'art. 9 al. 1 aLDT, tout agent occupé en permanence et vouant la majeure partie de son temps au service d'une entreprise entrant dans le champ d'application de la loi (*cf.* art. 1 aLDT) devait bénéficier de 56 jours de repos par année civile, convenablement répartis, dont 20 au moins devaient coïncider avec un dimanche ou un jour férié. En sus, les agents avaient droit à des vacances, dont la durée était fonction du nombre d'années de service ou de l'âge du travailleur : 7 jours de vacances durant les 7 premières années de service, 14 jours de vacances dès la 8e année de service ou dès 28 ans révolus, 21 jours de vacances dès la 15e année de service ou dès 35 ans révolus, 28 jours de vacances dès que le travailleur atteignait l'âge de 50 ans révolus (art. 10 aLDT). L'aLDT fut la première loi à autoriser la réduction de la durée des vacances en cas d'absences du travailleur (*cf.* art. 11 lit. a aLDT : « *Les ordonnances d'exécution régleront en détail […] la mesure dans laquelle les absences pour cause de maladie, d'accident, de service militaire ou pour d'autres motifs pourront être imputées sur les jours de repos et les vacances* ») ; la possibilité de l'employeur de réduire le droit aux vacances de ses employés absents pendant une certaine période ne fera en effet son entrée dans le Code des obligations que lors de la révision du 25 juin 1971 (*cf.* art. 329*b* CO ; *supra*, III., B., 2., b)). La loi fédérale modifiant l'article 10 de la loi qui concerne la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 17 juin 1948 (RO 1948 957, FF 1948 II 659) a porté à 14 le nombre de jours de vacances durant les 14 premières années de service.

[528] Alors que l'art. 8 al. 1 aLDT concernait le travail des femmes en général (« *Les ordonnances d'exécution peuvent contenir des dispositions restrictives au sujet de l'emploi du personnel féminin* »), la prescription de l'art. 8 al. 2 aLDT ne s'adressait qu'aux travailleuses ayant accouché (« *Pendant les six semaines qui suivent leurs couches, les femmes ne doivent pas être occupées au service des entreprises de transport et de communication soumises à la présente loi* »).

[529] Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), RS 822.21 (RO 1972 612).

bien au contraire. Plusieurs cantons ont en effet légiféré sur la protection des travailleurs dans les domaines où la réglementation demeurait de leur ressort, ainsi que dans ceux où la Confédération n'avait pas usé de ses compétences[530]. Grâce à leur compétence générale résiduelle (art. 3 aCst. 1874), les cantons ont disposé d'un pouvoir législatif étendu pour édicter des mesures protectrices des travailleurs. Une « *législation cantonale fort diversifiée* » a ainsi été élaborée, en sus de la législation fédérale ; elle est demeurée en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de la LTr, le 1er février 1966[531].

Suite à l'adoption de la LFab 1877, plusieurs cantons ont légiféré dans le dessein de compléter la protection offerte à l'échelon fédéral (BS[532], GL[533], SG[534], ZH[535], LU[536],

[530] *Cf.* FF 1960 II 885 (889-890). *Cf.* aussi GROBÉTY, p. 180 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 43-48.

[531] HUG, CLTr 1971, n° 1, p. 2. *Cf.* aussi EICHHOLZER, Erinnerungsdaten, p. 537, qui parle d'un enchevêtrement législatif (« *Rechtswirrwarr* »).

[532] Le canton de Bâle-Ville a édicté successivement trois lois sur la protection des ouvrières : Gesetz betreffend die Arbeitszeit der weiblichen Arbeiter vom 11. Februar 1884 ; Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 23. April 1888 ; Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 27. April 1905. Ce dernier texte a été modifié à deux reprises, le 25 mars 1909 et le 10 décembre 1914. Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 377-384 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 296-298.

[533] Gesetz betreffend Arbeiterschutz vom 8. Mai 1892 ; Gesetz über Arbeiterschutz vom 6. Mai 1923. Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 299-301 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 248-250.

[534] Gesetz betreffend Schutz der Arbeiterinnen und die Arbeit der Bediensteten der Ladengeschäfte und Wirtschaften vom 26. Juni 1893, abgeändert durch Beschluss des Regierungsrates vom 15. Januar 1918. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 500-504 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 326-331. Cette loi a, par la suite, été abrogée par une nouvelle loi (Gesetz über den Schutz der Arbeiterinnen und der Bediensteten der Laden- und Kundengeschäfte vom 15. Mai 1925).

[535] Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 12. August 1894. Concernant cette loi, *cf.* CRAHAY EDOUARD, La réglementation du travail en Suisse – la protection des ouvrières dans le canton de Zurich (Loi du 12 août 1894), Revue néo-scolastique, n° 5-1895, pp. 83-93. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 114-120 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 161-166.

[536] Gesetz zum Schutz der Arbeiterinnen vom 29. November 1895. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 218-220 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 217-220.

SO[537], NE[538], AG[539], BE[540], AR[541], TI[542], notamment)[543]. Il s'agissait, principalement, d'étendre la protection dont bénéficiait l'ouvrier de fabrique aux travailleurs occupés dans des secteurs non soumis à la loi fédérale, en particulier à la petite industrie (commerce, artisanat, p. ex.)[544]. Les lois cantonales protégeaient, toutefois, encore uniquement les femmes et les enfants, à l'exception des lois glaronnaises (1892 et 1923)[545], obwaldienne (1887)[546], nidwaldienne (1888)[547] et tessinoise (1912), qui s'appliquaient également aux travailleurs adultes de sexe masculin[548]. Les cantons privilégiaient un procédé par étapes

[537] Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 9. Februar 1896. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 342-344 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 291-294.

[538] Loi sur la protection des ouvrières du 19 mai 1896, puis loi sur la protection des ouvrières du 26 avril 1901. Pour la reproduction de la législation neuchâteloise, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 697-703 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 417-426.

[539] Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 26. Mai 1903. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 550-555 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 354-358.

[540] Gesetz betreffend den Schutz von Arbeiterinnen vom 23. Februar 1906. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 194-199.

[541] Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen vom 26. Avril 1908. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 484-487.

[542] Legge sul lavoro delle persone d'ambo i sessi impiegate nelle aziende industriali, non sottoposte alla legislazione federale, nei magazzini, nelle botteghe e negli uffici del 15 gennaio/20 novembre 1912. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 606-608.

[543] Au sujet des différentes lois cantonales et pour la reproduction des textes légaux, *cf.* LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. LVIII-LXIV et 158-464 ; SIGG, pp. 273-310.

[544] *Cf.* FF 1960 II 885 (888) : « *Ces dispositions étaient plus ou moins calquées sur la loi fédérale sur le travail dans les fabriques et étendaient aux ouvrières ne travaillant pas dans des fabriques les prescriptions protectrices de cette loi touchant la main-d'œuvre féminine* ».

[545] Gesetz betreffend Arbeiterschutz vom 8. Mai 1892 ; Gesetz über Arbeiterschutz vom 6. Mai 1923. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 299-301 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 248-250. Les lois glaronnaises s'appliquaient à tous les travailleurs occupés par des entreprises non soumises à la législation fédérale.

[546] Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiter vom 24. April 1887. La loi s'appliquait aux travailleurs employés par des entreprises, privées ou publiques, actives dans les domaines de la construction de routes, de transports et de tunnels, de l'aménagement et de la correction des cours d'eau, de l'assainissement et de l'exploitation de carrières. *Cf.* aussi Vollziehungsverordnung zum Arbeiterschutzgesetz vom 18. Mai 1887. Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 262-264 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 233-236.

[547] Gesetz betreffend Arbeiterschutz vom 29. April 1888. Le champ d'application de la loi était identique à celui de la loi obwaldienne du 24 avril 1887. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 271-273 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 243-246.

[548] Dans les cantons de Vaud et de Fribourg, les communes ont reçu la compétence de légiférer sur la protection générale des travailleuses et travailleurs en 1907, respectivement 1919. Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (888). *Cf.* aussi GROBÉTY, p. 179 ; HUG, CLTr, n° 19, p. 10 ; LANDMANN, Geschichte, p. 481. Sur la base de ces compétences, par exemple, la ville de Lausanne a édicté un règlement

afin d'éviter de se heurter à un refus populaire. Bien qu'appartenant au droit public, la législation cantonale renfermait à la fois des prescriptions de droit public (concernant la protection de la santé et le temps de travail, notamment) et de droit privé (au sujet du paiement des salaires et de la résiliation des rapports de travail, p. ex.).

Dès la fin du XIX^e^ siècle, les cantons ont également légiféré dans le domaine de l'apprentissage. Le canton de Neuchâtel a fait œuvre de pionnier en adoptant une loi sur les apprentis le 21 novembre 1890[549]. Les autres cantons ont suivi l'exemple et la législation s'est peu à peu développée, si bien qu'en 1920, la presque totalité des cantons suisses disposaient d'une législation relative à l'apprentissage[550]. S'il s'agissait de lois de droit public, celles-ci contenaient également des dispositions de droit privé régissant le contrat d'apprentissage (formation et résiliation du contrat, notamment). Les législations cantonales concernant la protection des apprentis ont été abrogées lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930 (*infra*, B., 1., b)).

concernant 1° la Protection ouvrière, 2° le Repos et la Police du Dimanche et des jours de fêtes religieuses du 7 mai 1918. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 651-655.

549 Loi neuchâteloise sur la protection des apprentis du 21 novembre 1890 (révisée par le décret du 19 mars 1909 et par la loi du 9 février 1921). Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 673-686 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 393-400.

550 Gesetz betreffend Lehrlings- und Arbeiterschutz vom 14. November 1895 (FR) ; loi sur l'apprentissage du 21 novembre 1896 (cette loi a ensuite été remplacée par la loi sur l'apprentissage du 22 novembre 1911 ; VD) ; loi sur le travail des mineurs du 25 novembre 1899, modifiée par la loi du 8 novembre 1919 (GE) ; Gesetz betreffend Förderung des Handwerkes vom 28. April 1901, mit Ergänzung vom 27. April 1913 (OW) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 3. Mai 1903 (GL) ; Gesetz betreffend das Lehrlingswesen vom 21. November 1903 und 15. Mai 1912 (VS) ; Gesetz betreffend die Regelung des Lehrlingswesens vom 5. Mai 1904 (ZG) ; Gesetz über gewerbliche und kaufmännische Berufslehre vom 19. März 1905 (BE) ; Gesetz betreffend das Lehrlingswesen vom 22. April 1906 (ZH) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 6. März 1906 (LU) ; Gesetz betreffend das Lehrlingswesen vom 14. Juni 1906, mit Abhänderungen vom 28. Oktober 1920 (BS) ; Gesetz betreffend das Lehrlingswesen vom 28. November 1906 (SZ) ; legge sugli apprendisti del 15 gennaio 1912, con modificazione del 1° luglio 1919/4 ottobre 1920 (TI) ; Gesetz betreffend das Lehrlingswesen vom 17. April 1916 (BL) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 30. November 1918 (SH) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 26. Mai 1919 (AG) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 16. Juni 1919 (SG) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 21 Dezember 1919 (GR) ; Gesetz über das Lehrlingswesen vom 1. Mai 1921 (UR). Au sujet des différentes lois cantonales de protection des apprentis et pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 124-136, 183-194, 227-230, 247-251, 255-259, 264-268, 280-284, 303-308, 317-326, 384-402, 455-459, 473-478, 511-521, 542-547, 583-590, 608-616, 633-642, 659-668 et 735-746 ; HUG, CLTr, n° 18, p. 9 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 237-242, 257-274, 379-390 et 450-458 ; SIGG, pp. 311-365. *Cf.* aussi FF 1928 II 763 (765) ; FF 1960 II 885 (888).

Des lois spéciales de protection des travailleurs ont aussi été adoptées en matière de temps de travail et de repos[551]. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, plusieurs cantons ont légiféré sur le repos du dimanche et des jours fériés[552] ; à l'origine, ces lois reposaient sur des motifs religieux et tendaient plus à garantir l'absence de travail le jour du Seigneur qu'à protéger les travailleurs[553]. Par la suite, la législation cantonale a promulgué un véritable droit à des vacances. La loi bâloise sur les vacances de 1931 a été la première loi à garantir un droit à des vacances à tous les travailleurs (hormis les ouvriers de fabrique), de sexe féminin et de sexe masculin ; elle consacrait le droit à 6 jours ouvrables de vacances durant les 5 premières années de service, à 9 jours de la 6^e à la 10^e année de service et à 12 jours dès la 11^e année de service[554]. La loi bernoise sur la protection des travailleuses du 23 février 1906 ne conférait en effet un droit aux vacances qu'aux seules travailleuses[555]. Sur l'exemple bâlois, la plupart des cantons a légiféré sur les vacances en

---

551 Ainsi, p. ex., la loi du canton de Bâle-Ville sur la durée du travail du 8 avril 1920 (Arbeitszeitgesetz vom 8. April 1920), qui arrêtait la durée de la semaine de travail à 48 heures dans le commerce et les industries non soumises à la législation fédérale sur le travail dans les fabriques. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 438-443. Concernant les lois cantonales spéciales de protection des travailleurs, *cf.* SIGG, pp. 419-456.

552 Ainsi, p. ex. : Gesetz über die Polizei an Sonn- und Festtagen vom 26. September 1855 (AG) ; Gesetz betreffend die Heiligung der Sonn- und Feiertage vom 24. November 1859 (FR) ; Gesetz betreffend die Polizei an den öffentlichen Ruhetagen vom 21. Mai 1882 (ZH) ; Gesetz betreffend Heiligung der Sonn- und Feiertage vom 24. April 1887 (NW) ; Gesetz betreffend Heiligung der Sonn- und Feiertage vom 6. Mai 1900 und 4. Mai 1902 (UR) ; Gesetz betreffend die Sonntagsruhe vom 19. Mai 1904 (BE), loi sur le repos hebdomadaire du 1^er juin 1904 (GE) ; Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage vom 12. Mai 1907 (ZH) ; Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage vom 25 März 1909 (BS) ; loi sur le repos hebdomadaire du 24 novembre 1910 (NE) ; loi sur le repos hebdomadaire du 17 juin 1916 (GE) ; Gesetz über die öffentlichen Ruhetage vom 23. Oktober 1918 (GR) ; Gesetz betreffend die öffentlichen Ruhetage vom 11. Januar 1923 (BS). Sur ce point, et pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 137-143, 244-246, 270-271, 314-317, 443-450, 540-541, 580, 714-717 et 753-755 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 158, 197-198, 227-230, 242-243, 252-254 et 463-464 ; SIGG, pp. 421-422 et 433-448.

553 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 46 : « *Primäres Ziel der Ruhetagsgesetze ist nämlich nicht der Schutz der Arbeitnehmer, sondern die Wahrung der Sonntagsruhe. Im Vordergrund steht die religiöse Erwägung der Sonntagsheiligung* ».

554 Gesetz betreffend die Gewährung jährlicher Ferien vom 18. Januar 1931. Le 29 juin 1944, une nouvelle loi sur les vacances payées, qui s'étendait également aux ouvriers de fabriques, a été adoptée. Cette loi a été jugée compatible au droit fédéral, étant donné que la législation fédérale sur les fabriques ne réglementait que le temps de travail ; en effet, si l'art. 34 aCst. 1874 octroyait à la Confédération la compétence de légiférer sur la « *durée du travail* », cette attribution ne s'étendait pas aux vacances. Sur ce point, *cf.* BERENSTEIN, Les vacances payées, p. 5.

555 Gesetz betreffend den Schutz von Arbeiterinnen vom 23. Februar 1906. Pour la reproduction du texte légal, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 194-199.

adoptant des prescriptions de droit public[556]. Au niveau fédéral, il faudra attendre le 1er février 1966 pour qu'un droit général à des vacances voie le jour, l'entrée en vigueur de la LTr ayant permis le transfert de la réglementation du droit aux vacances du droit public cantonal au droit privé fédéral (introduction d'un art. 341*bis* CO ; *cf.* art. 64 ch. 2 et 73 al. 1 lit. b LTr, dans leur teneur au moment de leur entrée en vigueur[557]). Avant l'entrée en vigueur de l'art. 341*bis* CO, en effet, seuls la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (*cf.* art. 10 al. 1 aLDT)[558], le Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (*cf.* art. 30 al. 1 StF) et la loi fédérale sur la formation professionnelle du 23 juin 1930 (*cf.* art. 14 al. 2) consacraient un droit à des vacances payées[559]. Dans un arrêt rendu le 22 janvier 1932, le Tribunal fédéral avait jugé que les législations cantonales de droit public consacrant l'obligation de l'employeur d'accorder des vacances rémunérées n'empiétaient pas sur le droit privé fédéral régissant les rapports de droit civil entre employeurs et travailleurs (soit, le Code des obligations) et ne contrevenaient donc pas au principe de la force dérogatoire du droit fédéral (*cf.* art. 6 CC) puisqu'elles étaient édictées

556 *Cf.* FF 1960 II 885 (890). Sur le développement de la législation cantonale relative aux vacances, *cf.* aussi BERENSTEIN, Les vacances payées, pp. 4-9 ; HUG, CLTr, nos 21, 24 et 26, pp. 10-12 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 47-48 ; TSCHUDI, Die Ferien, pp. 18-32.

557 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11 (RO 1966 57, FF 1964 I 567). Sur les incidences de ce transfert, *cf.* HEIL ANTON, Die Anpassung des kantonalen Rechts an die eidgenössische Ferienregelung, in : Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz – 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Staempfli, Berne 1996, pp. 161-170.

558 La loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902, à laquelle a succédé la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920, garantissait déjà un droit à des vacances rémunérées (*supra*, d), cc)).

559 Au sujet de l'art. 341*bis* CO et de l'introduction d'un véritable droit à des vacances rémunérées, *cf. supra*, III., B., 2., b), aa), ccc).

dans l'intérêt général[560] ; la durée des vacances devait toutefois s'en tenir à la mesure exigée par le besoin de protection de la santé des travailleurs[561].

Les législations cantonales se sont également employées à protéger certaines catégories particulières de travailleurs, en limitant la durée de leur occupation, par la fixation d'un nombre d'heures maximal de travail quotidien ou par le biais de prescriptions relatives à la fermeture des magasins ; étaient en particulier concernés, les photographes, le personnel des cinémas et les travailleurs occupés dans l'hôtellerie ou le commerce de détail[562]. Les

---

560 ATF 58 I 26 : « *Die Vorschrift des baselstädtischen Gesetzes betr. die Gewährung jährlicher Ferien, wonach der Dienstherr dem Dienstpflichtigen nicht nur Ferien geben, sondern auch während der Dauer dieser Ferien den Lohn bezahlen muss, verstösst nicht gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes, speziell des eidgenössischen Obligationenrechts gegenüber dem kantonalen Rechte. […]. Die Vorschriften über die Lohnzahlung während der Ferien haben nun keine selbständige Bedeutung ; sie bilden nach der Auffassung der Basler Behörden und des Feriengesetzes ein Mittel, um den Dienstpflichtigen die Ferien zu ermöglichen, und diese Auffassung ist keineswegs verfehlt. Gewiss mag es Fälle geben, in denen die Verhältnisse es den Dienstpflichtigen erlauben, von den gesetzlichen Ferien Gebrauch zu machen, auch ohne dass sie für diese Zeit ihren Lohn erhalten. Aber die grosse Mehrzahl der Dienstpflichtigen müsste auf die Ferien verzichten, wenn ihr für diese Zeit der Lohn nicht bezahlt würde* ».

561 TF, arrêt du 25 septembre 1947, c. 4, SJ 1947, pp. 577-587 : si les lois fédérales de droit privé « *laissent en principe subsister la compétence des cantons en matière de droit public* » (*cf.* art. 6 CC), autorisant ainsi ceux-ci à « *soumettre à des normes de droit public des institutions que le législateur fédéral a déjà réglementées sur le terrain du droit privé et rétrécir ainsi le champ d'application de ce dernier en faveur de leur propre droit public* », il n'en demeure pas moins que la législation publique cantonale ne peut sortir ses effets que si elle intervient « *pour des motifs plausibles d'ordre public* ». Dans le domaine des vacances payées, il s'agit donc de rechercher si la durée de celles-ci est en adéquation avec « *le temps de repos commandé par la sauvegarde de la santé publique* ». *Cf.* aussi ATF 87 I 186 ; TF, arrêt du 20 mai 1959, SJ 1961, pp. 33-44. Sur ce point, *cf.* également BERENSTEIN, Les vacances payées, pp. 4-8.

562 *Cf.*, p. ex. : loi sur les auberges et autres établissements analogues, la fabrication et la vente des boissons alcooliques du 28 septembre 1888 (FR) ; Gesetz über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken vom 19. April 1894 (BE) ; Gesetz betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf von geistigen Getränken vom 31. Mai 1896 (ZH) ; Verordnung betreffend die Sonntagsruhe der Bäckerei- Metzgerei- und Coiffeurgeschäfte vom 17. Dezember 1897 (LU) ; Bekanntmachung betreffend Sonntagsarbeit bei den Photographen vom 23. April 1898 (BS) ; Bekanntmachung betreffend Sonntagsarbeit in Detailgeschäften vom 2. November 1898 (BS) ; Bekanntmachung des Departements des Innern betreffend den Milchverkauf in den Läden an öffentlichen Ruhetagen vom 19. Februar 1904 (BS) ; Decreto legislativo in punto al lavoro nei panifici e nelle pasticcerie del 19 giugno 1908 (TI) ; Verordnung über die Errichtung und den Betrieb von Kinematographentheatern und Filmverleihgeschäften vom 16. Oktober 1916 (ZH) ; Gesetz über das Lichtspielwesen und Massnahmen gegen die Schundliteratur vom 10. Septembre 1916 (BE) ; Gesetz betreffend den Ladenschluss an Werktagen vom 26. August 1917 (ZH) ; loi donnant aux autorités communales les compétences nécessaires pour fixer l'heure de fermeture des magasins du 1er décembre 1919 (VD) ; Gesetz betreffend das Offenhalten der Verkaufslokale an Werktagen vom 29. Januar 1920

travailleurs exposés à des risques particuliers dans l'exercice de leur profession ont également fait l'objet de la sollicitude des législateurs cantonaux ; il s'agissait en particulier d'assurer la sécurité des ouvriers occupés à des travaux de construction, de fouilles ou de réparation[563]. Les professions ambulantes ont aussi été réglementées (interdiction de délivrer une patente aux enfants et aux femmes, notamment)[564]. Les prescriptions relatives à l'adjudication de travaux par les administrations cantonales et communales prenaient également en compte les impératifs liés à la protection des travailleurs. Ainsi, par exemple, la loi genevoise sur les soumissions de 1892 garantissait aux ouvriers le droit à un salaire équivalant aux tarifs de salaires adoptés, pour la branche, par les associations de patrons et de travailleurs, et prévoyait qu'à défaut de tels tarifs, les employés devaient être rémunérés conformément aux « *prix courants de la place au moment de l'adjudication* » ; l'Ordonnance zurichoise sur les adjudications de travaux et de fournitures pour le compte de l'Etat du 16 février 1906 a été plus loin puisqu'elle a notamment exigé des soumissionnaires qu'ils accordent des conditions de travail raisonnables à leurs ouvriers, qu'ils leur versent une indemnité correspondant à 50 % du salaire pour les heures supplémentaires et en cas de travail de nuit et qu'ils les assurent contre les maladies professionnelles et les accidents[565].

(BS) ; Decreto legislativo regolante il lavoro nelle macellerie, salsamenterie ecc. del 1º giugno 1923 (TI). Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (890). *Cf.* aussi HUG, CLTr, n° 22, p. 10 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 46-47. *Cf.* également, pour la reproduction des textes légaux précités, EVD, Volkswirtschaft, pp. 145-146, 177, 212, 437-438, 603-605, 620-621 et 643 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 172-174, 195, 257 et 306-308 ; SIGG, pp. 422-425 et 449-453.

563 *Cf.*, p. ex., Gesetz über die Bergwerke und Steinbrüche vom 28. Dezember 1856 (VS) ; règlement sur les mines du 21 mars 1891 (VD) ; Gesetz über den Bergbau vom 7. Mai 1893 (GL) ; loi sur l'emploi du plomb et de ses composés dans les travaux publics et dans les travaux privés du bâtiment du 26 octobre 1907 (GE) ; loi sur les constructions du 26 mars 1912 (NE) ; Verordnung betreffend Unfallverhütung bei Bauten vom 19. Februar 1913 (SH). Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 280, 463-469, 622, 656-657, 718-719 et 747.

564 *Cf.*, p. ex. : Gesetz über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen vom 27. Wintermonat 1877 (BE) ; loi sur l'exercice des professions ambulantes du 24 janvier 1888 (NE) ; Gesetz betreffend das Markt- und Wandergewerbewesen vom 25. November 1890 (LU) ; Gesetz betreffend das Markt- und Hausierwesen vom 17. Juni 1894 (ZH) ; loi sur la police du commerce du 5 mai 1899 (dont les art. 67-68 réglementaient le colportage ; VD) ; Regolamento per l'eserigio delle Professioni ambulanti del 29 maggio 1901 (TI). Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, p. 673 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 161, 184, 210, 361 et 390-392.

565 Loi sur les soumissions du 2 novembre 1892 (GE) et Verordnung betreffend Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat vom 16. Februar 1906 (ZH). Pour d'autres exemples, *cf.*, notamment, Verordnung betreffend die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für die Stadt Zürich vom 21. Februar 1914. Sur ce point, et pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft,

Dès la fin du XIX^e siècle, différents cantons ont aussi réglementé l'octroi de secours en cas de maladie, d'invalidité, de vieillesse et de chômage[566].

Si la protection des travailleurs demeurait rudimentaire et fragmentée dans la plupart des cantons, certains ont toutefois adopté des lois générales, qui garantissaient une protection complète aux travailleurs, hommes et femmes, non soumis à la législation fédérale (réglementation de l'hygiène et de la prévention des accidents afin d'assurer la protection de la santé, fixation d'un âge minimal d'admission, protection spéciale accordée aux jeunes travailleurs et aux femmes, limitation du temps de travail, octroi d'un droit à des vacances)[567]. Ainsi, la loi glaronnaise sur la protection des travailleurs de 1923[568], la loi valaisanne de 1933[569], la loi tessinoise de 1936[570] et la loi vaudoise de 1944[571].

B. L'évolution de la législation fédérale de protection des travailleurs

Au XX^e siècle, la législation fédérale s'est progressivement étendue aux travailleurs occupés en dehors des fabriques, grâce à l'introduction, le 5 juillet 1908, d'un art. 34*ter*

pp. 123, 171-172 et 734 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, p. 450 ; SIGG, pp. 430 et 453-454. *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (890).

566 *Cf.*, p. ex. : loi concernant les Caisses de secours en cas de maladie des ouvriers ou employés dans les maisons d'industrie et de commerce du 29 octobre 1890 (GE) ; Gesetz betreffend die Versicherung gegen die Folgen der Arbeitslosigkeit vom 19. Mai 1894 (SG) ; Verordnung des Kantonsrates betreffend Krankenkasse für Gesellen, Lehrlinge und Arbeiter vom 10. Hornung 1896 (OW) ; loi sur la Caisse cantonale d'assurance populaire du 15 mai 1906 (modifiée par le décret du 20 novembre 1911 et la loi du 10 novembre 1920 ; NE) ; Verordnung über die Arbeitslosen-Versicherung in der Stadt Zürich vom 23. Mai 1914 ; Gesetz über die staatliche Alters- und Invalidenversicherung vom 7. Mai 1916 (GL) ; loi sur la caisse cantonale vaudoise des retraites populaires du 2 décembre 1920. Pour la reproduction des textes légaux, *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 172-177, 284-295, 504-506, 644-647 et 705-714 ; LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung, pp. 236, 331-334 et 444-445.

567 *Cf.* HUG, Die Kodifikation, p. 275 ; TSCHUDI, Geschichte, p. 48.

568 Gesetz über Arbeiterschutz vom 6. Mai 1923. Cette loi a succédé à la loi de protection des travailleurs du 8 mai 1892 (Gesetz betreffend Arbeiterschutz vom 8. Mai 1892), qui garantissait déjà une protection complète à tous les travailleurs occupés dans des secteurs non soumis à la législation fédérale. Par la suite, la loi glaronnaise de 1923 a été remplacée par la loi sur la protection des travailleurs du 4 mai 1947. Pour la reproduction de la loi de 1923 *cf.* EVD, Volkswirtschaft, pp. 299-301.

569 Loi valaisanne de protection ouvrière du 18 janvier 1933. Concernant la genèse de cette loi, *cf.* ABBET CHARLES, Les débuts du mouvement syndicaliste libre et de la protection ouvrière en Valais (1900-1928), Mémoire présenté à la Faculté des Lettres de l'Université de Fribourg (Suisse) pour l'obtention du grade de licencié es lettres, Université de Fribourg, Fribourg 1977, pp. 114-123.

570 Legge sul lavoro nelle aziende non sottoposte alla legislazione federale del 5 settembre 1936. Cette loi a ensuite été abrogée par la Legge sul lavoro dell'11 maggio 1953.

571 Loi vaudoise sur le travail du 20 décembre 1944.

dans la Constitution de 1874 (*supra*, II., B., 2., b)), qui autorisait la Confédération à statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers (*infra*, 1.). Il faudra attendre le 6 juillet 1947 pour que la Confédération acquière une compétence législative générale en matière de protection des employés et ouvriers (modification de l'art. 34*ter* aCst. 1874) et le 1er février 1966 pour qu'une loi garantissant une protection quasi universelle aux travailleurs – la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) – entre en vigueur (*infra*, 2.). Si les travailleurs occupés dans les entreprises de transport et de communications et les travailleurs à domicile échappent à toute application de la LTr, ils ne sont cependant pas dépourvus de protection, puisque leurs conditions de travail font l'objet d'une législation spéciale : la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT) et la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD ; *infra*, 3.).

1. La législation fédérale de protection des travailleurs occupés en dehors des fabriques

La LFab 1914/1919, nous l'avons dit, ne s'appliquait qu'aux ouvriers des fabriques (*cf.* art. 1 LFab 1914/1919, art. 1 OLFab 1919 ; *supra*, A., 2., b)). Suite à l'introduction, en 1908, d'un art. 34*ter* aCst. 1874, qui autorisait la Confédération à légiférer dans le domaine des arts et métiers, « *la voie se trouvait ouverte à un développement de la législation fédérale sur la protection des travailleurs qui se limitait jusqu'alors aux fabriques (art. 34, 1er al., Cst.)* »[572]. Différentes lois fédérales ont donc été élaborées en matière de protection des travailleurs : ainsi, la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922 (*infra*, a)), la loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931 (*infra*, c)), la loi fédérale sur l'âge minimum des travailleurs du 24 juin 1938 (*infra*, d)), la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (*infra*, e)) et la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953, qui a arrêté les conditions minimales de travail des gens de mer à bord d'un navire (*infra*, f)). Une Ordonnance réglant la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles a également été adoptée le 4 décembre 1933[573], sur la base de la loi fédérale sur la circulation des véhicules

[572] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885 (894).

[573] Ordonnance réglant la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels des véhicules automobiles du 4 décembre 1933, RO 50 306 (FF 1933 II 848). Cette ordonnance a été abrogée par l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 5 octobre 1962 (RO 1962 1210), qui l'a été à son tour par l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 18 janvier 1966 (RO 1966 39). La matière est actuellement régie par : l'Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1) du

automobiles et des cycles du 15 mars 1932[574] et de l'art. 37*bis* aCst. 1874 (« *La Confédération peut édicter des prescriptions concernant les automobiles et les cycles* ») ; le but premier de l'ordonnance était de garantir la sécurité en matière de circulation routière[575]. Les travailleurs de l'industrie horlogère non soumis à la loi fédérale sur le travail dans les fabriques ont également bénéficié d'une législation spéciale de protection, qui régissait à la fois le travail à domicile et le travail dans les petits établissements[576]. Les travailleurs occupés dans l'agriculture et la sylviculture, à l'inverse, ne faisaient pas l'objet d'une législation protectrice ; seul l'art. 100 de la loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne du 3 octobre 1951 obligeait l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour prévenir les accidents[577].

Une loi fédérale sur la formation professionnelle, qui s'appliquait aussi bien dans les fabriques qu'en dehors de tels établissements, a également été adoptée le 26 juin 1930 (*infra*, b)).

Nous relèverons encore qu'une loi fédérale sur la réglementation des conditions de travail du 27 juin 1919[578] a, en revanche, été repoussée par le peuple en date du 21 mars 1920[579]. Cette loi, qui régissait principalement le travail à domicile et s'adressait donc

---

19 juin 1995 et l'Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2) du 6 mai 1981, RS 822.221 et 822.222.

574 Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles du 15 mars 1932, RO 48 525 (FF 1932 I 617). Cette loi a été abrogée avec effet au 1er janvier 1963 (RO 1962 1409), suite à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR ; RS 741.01, RO 1959 705). *Cf.* art. 107 al. 3 LCR.

575 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 41.

576 *Cf.*, notamment, selon l'ordre chronologique : Arrêté réglant le travail hors fabrique dans l'industrie horlogère du 9 octobre 1936, RO 52 802 ; Arrêté fédéral sur les mesures propres à sauvegarder l'existence de l'industrie horlogère suisse du 22 juin 1951 (RO 1951 1239) et Ordonnance d'exécution du 21 décembre 1951 (RO 1951 1249) ; Arrêté fédéral concernant l'industrie horlogère suisse (Statut légal de l'horlogerie) du 23 juin 1961 (RO 1961 1107) et Ordonnance d'exécution III du 22 décembre 1961 (RO 1961 1151). Ce dernier arrêté a déployé ses effets jusqu'au 31 décembre 1971. Compte tenu de l'entrée en vigueur de la LTr, le 1er février 1966, les dispositions spéciales de protection des travailleurs de l'industrie horlogère n'ont pas été renouvelées. Sur la protection du travail hors fabrique dans l'industrie horlogère, *cf.* HUG, CLTr, nos 13-15, pp. 7-8.

577 Loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne (Loi sur l'agriculture) du 3 octobre 1951, RO 1953 1095 (FF 1951 III 141). Cette loi, qui avait été adoptée en vertu des art. 23*bis*, 31*bis*, 32, 32*bis*, 34*ter*, 64 et 64*bis* aCst. 1874, a été abrogée par la loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (LAgr ; RS 910.1), avec effet au 1er janvier 1999.

578 Loi fédérale portant réglementation des conditions de travail du 27 juin 1919, FF 1919 III 880.

579 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 21 mars 1920 sur la loi fédérale portant réglementation des conditions de travail du 19 avril 1920, FF 1920 II 428.

majoritairement aux femmes (selon le recensement fédéral des professions effectué en 1905, sur les 92'000 ouvriers à domicile occupés en Suisse, 64'000 étaient des femmes)[580], prévoyait la création d'un Office fédéral du travail, rattaché au Département fédéral de l'économie publique, ayant pour tâche, notamment, « *d'étudier les conditions du travail à domicile et du travail dans l'industrie, les arts et métiers et le commerce* » et de préparer les réformes des conditions de travail et d'existence des ouvriers (*cf.* art. 1, 4 et 9-10). Des offices fédéraux des salaires, composés d'un nombre égal d'employeurs et d'employés, chargés de la fixation de salaires minima pour le travail à domicile et, sur décision préalable de l'Assemblée fédérale, des salaires en général, devaient également être mis en place (*cf.* art. 1-2 et 5-7). La loi précisait que les salaires devaient être fixés « *en tenant compte de toutes les circonstances et, autant que possible, en appliquant le principe qu'à travail égal il ne sera pas fait de différence entre les sexes* » (art. 15). La loi conférait également au Conseil fédéral la compétence de déclarer obligatoires des contrats collectifs de travail pour tous les membres des groupements professionnels en cause et d'édicter des contrats-types de travail auxquels il ne pouvait être dérogé (*cf.* art. 2 al. 2-4).

a) La loi fédérale sur l'emploi des femmes et des jeunes gens dans les arts et métiers du 31 mars 1922

Sur la base de l'art. 34*ter* aCst. 1874, une loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers (LJGF) a été approuvée par les Chambres fédérales en date du 31 mars 1922[581]. La promulgation de cette loi devait permettre à la Suisse de ratifier trois conventions adoptées par l'OIT en 1919[582] : la Convention n° 4 sur le travail de nuit des femmes[583], la Convention n° 5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux

---

580 DE MADAY ANDRÉ, La loi fédérale sur les conditions du travail, in : Le mouvement féministe : organe officiel des publications de l'Alliance nationale des sociétés féminines suisses, n° 91-1920, pp. 33-35, p. 34.

581 Loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922 (LJGF), RO 39 240 (FF 1922 I 653). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 10 décembre 1920 concernant les décisions de la première Conférence internationale du travail, réunie à Washington, du 29 octobre au 29 novembre 1919, FF 1920 V 443. Au sujet de cette loi, *cf.* également, LEU G., La protection des jeunes gens et des femmes en droit fédéral et en droit zurichois, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 9-1944, pp. 305-316.

582 TSCHUDI, Geschichte, p. 40.

583 Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 4 concernant le travail de nuit des femmes du 28 novembre 1919. Cette Convention a été ratifiée par la Suisse le 9 octobre 1922 et dénoncée le 4 juin 1936 suite à la ratification de la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 41 concernant le travail de nuit des femmes du 19 juin 1934. *Cf.* Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les décisions de la première Conférence internationale du travail, réunie à Washington, du 29 octobre au 29 novembre 1919, du 10 décembre 1920, FF 1920 V 443.

travaux industriels[584] et la Convention n° 6 concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie[585].

La LJGF, qui a été assortie d'une ordonnance d'exécution[586], est entrée en vigueur le 1er octobre 1923. Il s'agissait d'une « *réglementation de police et du commerce* », composée « *essentiellement de règles de droit public, qui, en ce qui touche le contrat de travail, partent de la même considération que les dispositions de la loi sur les fabriques, à savoir la protection des travailleurs* »[587].

Le champ d'application de la loi comprenait les entreprises industrielles et des arts et métiers, publiques et privées, qui échappaient à la réglementation de la LFab 1914/1919, ainsi que les entreprises, publiques et privées, de transport de personnes ou de marchandises, à l'exception du transport à la main et des entreprises de transport et de communications exploitées ou concédées par la Confédération (art. 1 al. 1-2 LJGF). La loi ne s'appliquait, en revanche, ni aux entreprises dans lesquelles étaient seuls employés les membres d'une même famille, ni aux secteurs de l'agriculture et du commerce, ni aux hôtels, auberges, cafés et restaurants (art. 1 al. 3 LJGF). Il incombait au Conseil fédéral d'établir la ligne de démarcation entre les entreprises soumises ou non à la loi (art. 1 al. 4 LJGF).

La LJGF énonçait des prescriptions somme toute assez similaires à celles contenues dans la LFab 1914/1919. Elle fixait l'âge d'admission au travail à 14 ans (art. 2 LJGF), soumettait la licéité du travail de nuit des jeunes gens et des femmes à un régime d'exceptions (art. 3-6 LJGF)[588] et chargeait le Conseil fédéral d'édicter une ordonnance

---

584 Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels du 28 novembre 1919. Cette Convention a été ratifiée par la Suisse le 9 octobre 1922 et dénoncée le 17 août 2000 suite à la ratification de la Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973 (RS 0.822.723.8).

585 Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 6 concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie du 28 novembre 1919, RS 0.822.711.6. Cette Convention a été ratifiée par la Suisse le 9 octobre 1922 et est toujours en vigueur.

586 Ordonnance concernant l'exécution de la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 15 juin 1923, RO 39 244.

587 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des voyageurs de commerce du 6 décembre 1940, FF 1940 I 1341 (1349).

588 En soumettant la licéité du travail de nuit des femmes à un régime d'exceptions, la loi permettait à la Suisse de satisfaire aux exigences posées en la matière par la Convention internationale de Berne de 1906 sur l'interdiction du travail de nuit des femmes, et par plusieurs conventions de la première Conférence internationale du travail de Washington de 1919. Les instruments réglementant spécifiquement le travail de nuit des femmes posant problème sous l'angle de l'égalité entre les sexes, l'OIT a adopté, en 1991, une nouvelle Convention, la Conv. OIT n° 171 sur le travail de nuit du 26 juin

désignant les travaux insalubres des arts et métiers auxquels il était interdit d'employer des jeunes gens de moins de 18 ans et des femmes de plus de 18 ans ou auxquels il n'était permis de les employer que moyennant le respect de certaines conditions (art. 8 LJGF)[589]. L'application de la loi incombait aux cantons, sous la haute surveillance du Conseil fédéral (art. 9 LJGF). La loi contenait également des dispositions pénales (amende allant de CHF 5.- à CHF 500.-, cumulable, en cas de récidive, avec une peine privative de liberté pouvant atteindre 3 mois ; *cf.* art. 10-14 LJGF). Contrairement à la LFab 1914/1919, la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers n'arrêtait pas une durée maximale à la journée du travail ; elle ne contenait pas non plus de prescriptions relatives à la protection des femmes pendant la maternité.

Avec effet au 1er février 1966, la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers a été abrogée par l'entrée en vigueur de la LTr (*cf.* art. 72 al.1 lit. c LTr ; *infra*, 2.).

b) La loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930

Dès la fin du XIXe siècle, certains cantons ont légiféré sur la formation professionnelle, en particulier sur les apprentis, à l'instar du canton de Neuchâtel, qui a été le premier à se doter d'une loi en la matière, en 1890 (*supra*, A., 2., e)). La loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930[590], qui a abrogé les réglementations cantonales préexistantes[591] et certains arrêtés fédéraux en matière de formation[592], est entrée en

1990, qui s'adresse aussi bien aux femmes qu'aux hommes. En Suisse, suite à l'inscription du principe de l'égalité des sexes dans la Constitution le 14 juin 1981 (art. 4 al. 2 aCst. 1874, art. 8 al. 3 Cst.), les prescriptions protégeant la femme en sa qualité d'épouse et de mère de famille ont été supprimées à l'occasion de la révision de la LTr du 20 mars 1998. *Cf.* Modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 20 mars 1998 (entrée en vigueur le 1er août 2000), RO 2000 1569 (FF 1998 II 1160).

589 L'ordonnance du Conseil fédéral définissant les tâches non autorisées a été adoptée en 1944. *Cf.* Ordonnance concernant les travaux auxquels il est interdit d'occuper les jeunes gens et les femmes dans les arts et métiers du 11 janvier 1944, RO 60 40.

590 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930, RO 48 809 (FF 1930 I 870). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi fédérale sur la formation professionnelle du 9 novembre 1928, FF 1928 II 763.

591 Les dispositions cantonales réglementant des matières non régies par la loi fédérale sont toutefois demeurées en vigueur. *Cf.* FF 1928 II 763 (783) « *La loi n'abrogera que les dispositions cantonales visant les matières traitées par elle. Les dispositions du droit cantonal sur la protection des apprentis, par exemple, resteront par conséquent en vigueur jusqu'à l'élaboration de la loi fédérale sur la protection des travailleurs prévue au programme de la législation sur les arts et métiers* ».

592 *Cf.* Arrêté fédéral concernant l'enseignement de l'économie domestique et l'instruction professionnelle à donner à la femme du 20 décembre 1895, RO 15 461 (FF 1895 IV 884) ; Arrêté fédéral concernant

vigueur le 1er janvier 1933. S'il s'agissait d'une loi de droit public, les dispositions régissant le contrat d'apprentissage et les rapports entre apprentis et maîtres d'apprentissage appartenaient toutefois au droit privé[593]. Le contrat d'apprentissage avait d'ailleurs fait son entrée dans le Code des obligations, avec effet au 1er janvier 1912 (*cf.* art. 319 al. 3, 325 et 337 aCO ; *supra*, III., B., 2.). La loi sur la formation professionnelle, dont le but premier était de garantir la qualité de la formation professionnelle[594], devait encadrer le contrat d'apprentissage de règles impératives de droit public, afin d'éviter que le but de formation de l'apprentissage ne soit compromis par certains maîtres d'apprentissage peu enclins à veiller à l'instruction professionnelle de leurs apprentis[595].

La loi réglementait l'apprentissage dans l'industrie, les transports, l'artisanat, le commerce et les branches similaires de l'économie (art. 1er). Elle prévoyait, notamment, que le contrat d'apprentissage devait être conclu en la forme écrite (art. 6), que le chef d'établissement devait « *ménager la santé de l'apprenti, le préserver des mauvais exemples pendant le travail et le protéger contre les mauvais traitements de la part du personnel* » (art. 14 al. 1) et « *astreindre l'apprenti à suivre les cours professionnels et lui accorder, sans retenue de salaire, le temps nécessaire à cet effet* » (art. 15), que la durée de travail des apprentis ne devait pas excéder la durée d'occupation des employés et ouvriers de l'entreprise, que le temps nécessaire devait être laissé aux apprentis pour assister au culte et que ceux-ci devaient bénéficier de 6 jours de vacances par an au minimum, sans réduction de salaire (art. 14 al. 2). Des dispositions régissaient également le temps d'essai (dont la durée s'élevait en général à quatre semaines et durant lequel les parties pouvaient se départir du contrat moyennant un préavis de trois jours au moins ; *cf.* art. 20) et la résiliation du contrat d'apprentissage (*cf.* art. 21-22). L'art. 23 prévoyait l'application, à titre subsidiaire, des dispositions générales du Code des obligations et de ses dispositions spéciales concernant

l'encouragement de l'enseignement commercial du 15 avril 1891, RO 12 135 (FF 1891 II 129) ; Arrêté fédéral concernant l'enseignement professionnel du 27 juin 1884, RO VII 554 (FF 1884 III 402).

593 FF 1928 II 763 (784). *Cf.* aussi BERENSTEIN, Le contrat de travail, pp. 241-242.

594 *Cf.* FF 1928 II 763 (771-772 et 780) : « *Si nous ne voulons pas aller au-devant d'échecs dans la lutte économique de ces prochaines années, nous devons donc prendre sans tarder les mesures nécessaires au développement de l'habileté professionnelle de nos jeunes générations. Il est indispensable de coordonner les efforts et d'arriver ainsi à élever le niveau de la formation professionnelle. […] Le but de la loi est de fournir aux diverses professions des recrues bien préparées. A la différence des lois cantonales, elle n'a donc pas à se préoccuper de la protection des apprentis* ». *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, p. 41.

595 FF 1928 II 763 (765) : « *Petit à petit l'on finit cependant par se convaincre qu'en laissant uniquement au droit privé le soin de réglementer l'apprentissage, on aboutirait, dans la plupart des cas, à sacrifier le but de l'apprentissage au profit de certains intérêts particuliers et l'on réclama de nouveau l'élaboration de normes impératives de droit public* ».

le contrat d'apprentissage (art. 319 al. 3, 325 et 337 aCO)[596]. Les autorités cantonales étaient tenues de s'assurer, au moyen d'experts visiteurs, que le chef d'établissement formait correctement ses apprentis (art. 17) et que les conditions de moralité et d'hygiène étaient respectées (art. 18). L'exécution de la loi était du ressort des cantons, qui œuvraient sous la surveillance du Conseil fédéral (*cf.* art. 54-56). Des dispositions pénales sanctionnaient les chefs d'établissements et apprentis qui ne se conformaient pas aux prescriptions légales (amende d'un montant allant de CHF 5.- à CHF 500.- ; *cf.* art. 57-59).

La loi a été abrogée avec effet au 15 avril 1965, lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963[597]. Cette loi, qui n'énonçait désormais plus que des dispositions de droit public (transfert des dispositions de droit privé jusqu'alors contenues dans la législation sur la formation professionnelle dans le Code des obligations et adjonction d'un Titre X*bis* spécifiquement consacré au contrat d'apprentissage ; *cf.* art. 362*a-f* CO)[598], a ensuite été abrogée par la loi fédérale sur la formation professionnelle du 19 avril 1978[599], qui l'a été à son tour, avec effet au 1er janvier 2004, par la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr)[600].

c) La loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931

La loi fédérale sur le repos hebdomadaire (LRH), adoptée le 26 septembre 1931[601], était une loi de droit public, qui obligeait les employeurs à accorder aux travailleurs un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives au moins (art. 5 al. 1 LRH). Le repos devait être donné uniformément le dimanche à tous les travailleurs ; dans les établissements où le travail du dimanche était autorisé par la loi, le repos intervenait un jour de semaine (art. 6-7 LRH). Dans cette hypothèse, le repos devait toutefois coïncider au moins une semaine sur trois avec un dimanche ou un jour de fête officielle (art. 7 al. 3 LRH)[602]. Dans certains cas, l'employeur était autorisé à réduire la durée minimale du

---

596 *Cf.* FF 1928 II 763 (784) : « *La loi crée des dispositions de droit public auxquelles doivent faire place des dispositions de droit privé. Toutefois, en matière d'apprentissage, le code des obligations demeure applicable dans la mesure où la présente loi n'en dispose pas autrement* ».

597 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963, RO 1965 325 (FF 1963 II 753).

598 *Cf.* art. 59 de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 20 septembre 1963 (RO 1965 325).

599 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 19 avril 1978, RO 1979 1687. Concernant cette loi, *cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 124-133.

600 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr), RS 412.10.

601 Loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931 (LRH), RO 50 465 (FF 1931 II 265). Au sujet de cette loi, *cf.*, SCHMIDLIN FRITZ, Le repos hebdomadaire, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 2-1932, pp. 39-44.

602 L'art. 11 LRH précisait que les travailleurs occupés le dimanche devaient disposer du temps nécessaire pour se rendre au service divin.

repos ; ces exceptions pouvaient être temporaires ou permanentes (*cf.* art. 5 al. 2, 8-9 LRH)[603]. La durée du repos du personnel occupé dans des hôtels, restaurants et débits de boissons faisait l'objet de prescriptions spéciales (*cf.* art. 15-22 LRH)[604].

La loi interdisait aux travailleurs d'exécuter, pendant le repos, un travail rentrant dans leur profession pour le compte de tiers (*cf.* art. 13 LRH). Elle prohibait également la compensation du repos par le versement d'une somme d'argent (*cf.* art. 14 LRH)[605].

La loi trouvait application dans les établissements, publics et privés, du commerce, de l'artisanat, de l'industrie, de l'industrie des transports et communications et des branches économiques similaires, dans la mesure, toutefois, où les conditions de travail des employés et ouvriers n'étaient pas réglées par la législation sur le travail dans les fabriques (LFab 1914/1919), la législation sur la durée du travail dans les entreprises de transport (LDT) ou la législation sur la fonction publique (statuts des fonctionnaires ; *cf.* art. 1 al. 1 LRH). Etaient également exclus de la protection conférée par la LRH, les travailleurs occupés dans l'agriculture, la sylviculture, les services domestiques, ainsi que ceux employés dans des établissements publics ou ayant un caractère d'utilité publique, destinés aux arts, à la science, à l'éducation ou à l'enseignement, aux œuvres sociales ou au traitement des malades (*cf.* art. 1 al. 2 LRH). La loi en question ne conférait donc pas un « *repos général absolu et assuré légalement à tous les ouvriers* »[606]. En outre, bien

---

603 Ainsi, le repos hebdomadaire pouvait être temporairement réduit ou supprimé lorsque cela était nécessaire pour parer ou remédier à de graves perturbations dans l'exploitation, pour prévenir l'altération de matières ou de marchandises, pour écarter quelque autre péril ou pour faire face à un surcroît extraordinaire de travail (*cf.* art. 8 LRH). Le repos hebdomadaire pouvait être réduit ou réparti d'une autre manière dans les établissements soumis à la loi s'occupant du traitement de malades ainsi que dans ceux où l'exigeaient le fonctionnement régulier, la surveillance ou l'entretien de l'établissement, l'approvisionnement en produits alimentaires, les soins à donner aux animaux et aux plantes ou d'autres motifs impérieux (*cf.* art. 9 LRH).

604 Les établissements soumis aux fluctuations saisonnières et ceux qui ne sont ouverts que pendant une ou deux saisons par année étaient autorisés à réduire le repos hebdomadaire à une demi-journée durant la pleine saison (la demi-journée de repos devait comprendre l'intervalle entre le repos de nuit et 12 heures, ou entre 14 heures et le repos de nuit ou tout autre intervalle de sept heures consécutives compris entre la fin et le commencement du repos de nuit ; *cf.* art. 20 LRH) ; la réduction, qui ne devait pas porter sur plus de huit semaines, pouvait avoir lieu deux fois par année au maximum. En outre, la demi-journée de repos pouvait être supprimée au cours de chaque période de quatorze jours, pendant une semaine, à la condition qu'il fût accordé pendant l'autre semaine, deux demi-journées ou vingt-quatre heures consécutives de repos (*cf.* art. 17 LRH). Les établissements ouverts à l'année et ceux non soumis aux fluctuations saisonnières étaient en revanche tenus de se conformer au principe et d'accorder un repos hebdomadaire de 24 heures consécutives au minimum.

605 Ce n'était que dans l'hypothèse où le travailleur avait encore droit à un repos compensateur à la fin de son engagement qu'il pouvait prétendre au versement d'une indemnité (*cf.* art. 14 al. 2 LRH).

606 SCHMIDLIN FRITZ, Le repos hebdomadaire, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 2-1932, pp. 39-44, p. 39.

qu'employées au service d'un établissement soumis à la loi, certaines personnes échappaient à la protection légale ; tel était le cas des membres de la famille des chefs de l'établissement, des personnes occupant un poste de direction et des membres de leur famille, des personnes chargées d'un poste de confiance élevé, des personnes accomplissant un travail agricole ou domestique, des personnes travaillant dans leur propre demeure ou atelier (travailleurs à domicile) et des personnes qui n'étaient pas occupées dans le même établissement pendant toute la journée de travail ou pendant toute la semaine (*cf.* art. 2 LRH).

Les employeurs qui ne respectaient pas la loi encouraient une amende allant de CHF 10.- à CHF 500.- ; la même sanction devait être prononcée à l'encontre d'un travailleur qui effectuait, durant les heures de repos, un travail rentrant dans sa profession pour un tiers (art. 13 et 23 LRH). La poursuite et le jugement des contraventions incombaient aux cantons (art. 25 LRH).

Avec effet au 1er février 1966, la loi fédérale sur le repos hebdomadaire a été abrogée par l'entrée en vigueur de la LTr (*cf.* art. 72 al.1 lit. d LTr ; *infra*, 2.).

d) La loi fédérale sur l'âge minimum du 24 juin 1938

La loi fédérale sur l'âge minimum des travailleurs (LAMT), adoptée le 24 juin 1938 sur la base des art. 34 al. 1 et 34*ter* aCst. 1874, est entrée en vigueur le 1er mars 1940[607].

En promulguant l'interdiction d'employer des enfants avant l'âge de 15 ans révolus (art. 4 LAMT), cette loi a permis d'élever l'âge minimum d'admission des enfants au travail, qui était jusqu'alors arrêté à 14 ans, tant par la loi fédérale sur les fabriques de 1914/1919 (*supra*, A., 2., b)) que par la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers (*supra*, a))[608]. Si la protection de la jeunesse s'en trouvait améliorée, l'élèvement de l'âge minimum d'admission devait également permettre de lutter contre le fort taux de chômage présent en Suisse dans les années 1930[609].

La LAMT s'appliquait dans les établissements, publics et privés, actifs dans les secteurs du commerce, de l'artisanat et de l'industrie (y compris le travail à domicile), des transports et communications (dans la mesure où les prescriptions sur le statut des fonctionnaires fédéraux ne s'appliquaient pas), de l'industrie hôtelière (y compris les

---

607 Loi fédérale sur l'âge minimum des travailleurs du 24 juin 1938 (LAMT), RO 55 169 (FF 1938 II 149). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le relèvement de l'âge minimum d'admission à une activité professionnelle du 11 mai 1937, FF 1937 I 873.

608 La LAMT a en effet abrogé les art. 70 al. 1 LFab 1914/1919 et 2 LJGF (*cf.* art. 12 al. 2 LAMT). Un tableau récapitulatif des différents âges d'admission arrêtés par le droit fédéral et cantonal à cette époque figure in : FF 1937 I 873 (903-904).

609 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 41.

restaurants et débits de boissons, ainsi que l'industrie des spectacles et des cinématographes) et des branches économiques similaires (art. 1 al. 1 LAMT). Elle ne s'appliquait, en revanche, ni à l'agriculture, ni à la sylviculture, ni au service de maison, ni aux établissements de caractère public ou d'utilité publique destinés aux arts, à la science, à l'éducation ou à l'enseignement, aux œuvres sociales ou au traitement des malades (art. 1 al. 2 LAMT). La loi ne s'appliquait pas non plus aux membres de la famille du chef d'établissement, ni aux personnes accomplissant un travail exclusivement agricole ou domestique (art. 2 al. 2 LAMT).

La LAMT a été abrogée avec effet au 1er février 1966, par l'entrée en vigueur la LTr (*cf.* art. 72 al.1 lit. c LTr ; *infra*, 2.).

e) La loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940

La première loi fédérale sur le travail à domicile a été adoptée le 12 décembre 1940 (LTD)[610], sur la base des art. 34*ter* et 64 aCst. 1874 ; elle est entrée en vigueur le 1er avril 1942[611]. Avant cette date, quelques arrêtés fédéraux avaient été édictés, dès le début du XXe siècle, afin de fixer un cadre au travail à domicile exercé dans certains secteurs[612]. Une loi fédérale régissant le travail à domicile (la loi fédérale sur la réglementation des conditions de travail du 27 juin 1919[613]) avait même été élaborée par le Parlement, mais sans succès, celle-ci ayant été repoussée en votation populaire en date du 21 mars 1920 (*supra*, B.)[614]. Bien que trouvant en partie son assise constitutionnelle à l'art. 64 aCst. 1874, la loi fédérale sur le travail à domicile avait le caractère d'une loi de droit public ; il

610 Loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940, RO 57 1497 (FF 1940 1457). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la protection des ouvriers à domicile du 8 juillet 1938, FF 1938 II 201.

611 Au sujet de cette loi et, plus généralement, sur le travail à domicile, *cf.* MOSER ERNEST, Le travail à domicile en Suisse, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 4-1942, pp. 109-119.

612 Arrêté du Conseil fédéral concernant la création d'un fonds de secours dans l'industrie de la broderie du 19 décembre 1916, RO 32 619 ; Arrêté du Conseil fédéral concernant la fixation de prix à façon minima et de salaires minima dans l'industrie de la broderie à la navette et au métier à main du 2 mars 1917, RO 33 101 (abrogé le 14 novembre 1922) ; Arrêté du Conseil fédéral concernant la journée de travail dans l'industrie de la broderie sur la machine à la navette du 26 juillet 1918, RO 34 805 ; Arrêté du Conseil fédéral concernant la journée de travail dans le tissage à domicile des rubans de soie du 12 avril 1918, RO 34 444 (abrogé le 15 juillet 1921). Sur ce point, *cf.* FF 1938 II 201 (201-202).

613 Loi fédérale portant réglementation des conditions de travail du 27 juin 1919, FF 1919 III 880.

614 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 21 mars 1920 sur la loi fédérale portant réglementation des conditions de travail du 19 avril 1920, FF 1920 II 428.

s'agissait donc, en réalité, d'une loi mixte, qui contenait à la fois des prescriptions de droit public (art. 6-7 et 11-14 LTD, p. ex.) et de droit privé (art. 5 et 8-9 LTD)[615].

La LTD s'appliquait aux travaux industriels et artisanaux effectués à domicile (art. 1 LTD). Il pouvait s'agir aussi bien « *de la fabrication ou de la confection d'objets neufs ou de parties d'objets que de travaux accessoires tels que : transformation, nettoyage, réparation, ornementation, triage, emballage, etc.* »[616]. Les objets devaient être préparés « *en vue de la vente sur commande d'un tiers* » ; la préparation d'objets « *destinés à l'usage personnel d'un tiers* », en revanche, n'entrait pas dans le champ d'application de la loi[617]. La loi concernait ainsi le travail des « *ouvriers à domicile* », c'est-à-dire des personnes qui, dans leur logement ou dans un autre lieu choisi par elles, travaillaient pour le compte d'un employeur et contre salaire, soit seules soit avec des membres de leur famille ou des tiers (*cf.* art. 2 lit. a LTD). L'employeur était, pour sa part, défini comme la personne faisant exécuter, par des ouvriers à domicile, des travaux non destinés à ses propres besoins ou aux besoins de sa famille (*cf.* art. 2 lit. b LTD).

Sauf dérogation expresse de la loi, les rapports juridiques entre l'ouvrier à domicile et son employeur étaient régis par le Code des obligations (*cf.* art. 4 LTD).

Afin d'éviter les abus, la loi obligeait l'employeur à communiquer à l'ouvrier les conditions de travail et de salaire avant de lui remettre du travail à effectuer (*cf.* art. 5 LTD). La loi interdisait de faire travailler à domicile, à titre indépendant, les enfants âgés de moins de 15 ans révolus (*cf.* art. 6 LTD), reprenant, sur ce point, les prescriptions de la loi fédérale sur l'âge minimum (*supra*, d)) ; elle autorisait, par ailleurs, le Conseil fédéral à désigner les travaux qui, pour des motifs relevant de la salubrité, de la police du feu ou de la moralité, ne devaient pas être exécutés à domicile ou ne pouvaient l'être qu'à des conditions spéciales (*cf.* art. 10 LTD)[618]. La loi interdisait également de donner ou de recevoir du travail à domicile le dimanche et les jours fériés et précisait que durant les autres jours, la remise et la réception du travail ne devaient pas avoir lieu avant 6 heures le matin, ni après 20 heures ; des dérogations étaient toutefois possibles, sur autorisation cantonale préalable et en présence de « *circonstances spéciales* » (art. 7 al. 1 LTD). L'employeur était tenu de fixer les délais de livraison de telle sorte que l'ouvrier à domicile ne fût pas obligé de travailler le dimanche ni les autres jours, entre 22 heures et 6 heures le matin (art. 7 al. 2 LTD). Le Conseil fédéral était compétent pour édicter des dispositions

---

615 *Cf.* FF 1967 II 249 (256). *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, p. 64 : « *Das Bundesgesetz über die Heimarbeit von 1940 hatte den Charakter eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzgesetzes, doch fanden sich darin auch einige Bestimmungen über den Heimarbeitsvertrag* ».

616 MOSER, p. 112.

617 MOSER, p. 112.

618 Cette disposition a été concrétisée par l'Ordonnance concernant les travaux dont l'exécution à domicile est interdite du 29 août 1947, RO 63 959.

plus sévères sur la remise du travail et les délais de livraison lorsque le travail était effectué par des femmes ou des jeunes gens (art. 7 al. 3 LTD). La loi régissait également le paiement des salaires (en règle générale, le salaire devait être payé à la livraison de la marchandise ; *cf.* art. 8 LTD), les retenues de salaire (celles-ci n'étaient admissibles que si l'ouvrier à domicile avait causé un dommage intentionnellement ou par négligence ou imprudence et la retenue ne pouvait excéder le prix de revient des fournitures détériorées ; *cf.* art. 9 LTD) et la fixation des salaires (possibilité était offerte au Conseil fédéral de créer des commissions professionnelles chargées de s'occuper des conditions de travail et de salaire dans les branches d'activité où le travail à domicile jouait un rôle important ; le Conseil fédéral était aussi compétent pour fixer des salaires minima, dans les limites de l'intérêt général, lorsque les salaires servis aux ouvriers à domicile d'une branche d'activité déterminée se révélaient exceptionnellement bas et que les employeurs et ouvriers concernés n'étaient pas en mesure de parvenir à un accord ; *cf.* art. 11-14 LTD).

Les cantons étaient chargés de l'exécution de la loi (*cf.* art. 17-19 LTD) et exerçaient certaines tâches de contrôle (ils tenaient un registre dans lequel les employeurs devaient faire inscrire le nom des ouvriers à domicile qu'ils employaient et devaient avoir accès aux locaux servant à la remise ou à l'exécution de travail à domicile ; *cf.* art. 15-16 LTD). Les contestations de droit civil entre ouvriers à domicile et employeurs devaient être tranchées par les autorités judiciaires cantonales (le jugement devait être rendu après une procédure orale, accélérée et gratuite, le juge établissait d'office les faits pertinents et il était interdit aux parties de se faire représenter par des mandataires professionnels, sauf circonstances personnelles particulières ; *cf.* art. 19 LTD).

Des dispositions pénales sanctionnaient les infractions à la loi par une amende pouvant aller jusqu'à CHF 1'000.- ; l'amende pouvait être doublée en cas de récidive dans la période de 3 ans suivant la première infraction (*cf.* art. 20-22 LTD).

Avec effet au 1er avril 1983, la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 a été remplacée par la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), qui est toujours en vigueur actuellement (*infra*, 3., b))[619].

[619] Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), RS 822.31. *Cf.* art. 21 LTrD. *Cf.* aussi RO 1983 108.

f) La loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953

Sur la base de l'art. 24*ter* aCst. 1874 (actuels art. 87 et 122 Cst.)[620], la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LNM) a été adoptée le 23 septembre 1953 ; elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1957[621]. Cette loi, qui est toujours en vigueur actuellement, contient des dispositions de droit public destinées à assurer la protection des travailleurs, ainsi que des normes de droit privé relatives aux rapports de travail (*cf.* art. 68-81 LNM). Il s'agit donc d'une loi mixte.

Conformément aux art. 47 et 63 LNM, il appartient au Conseil fédéral d'édicter, en tenant compte des conventions internationales et des usages en vigueur dans la navigation maritime, les dispositions relatives, notamment, à la sauvegarde de la vie humaine, aux conditions minimales de travail des gens de mer à bord d'un navire et à la protection de la santé, aux soins médicaux, au bien-être et à la sécurité sociale. Adoptée sur cette base, l'Ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956 (ONM)[622] réglemente le « *travail en mer* » (*cf.* art. 16-40 ONM), c'est-à-dire le travail du personnel navigant[623]. Elle contient des prescriptions, notamment, sur le travail des jeunes gens (l'art. 16 al. 2 ONM interdit d'employer des personnes de moins de 16 ans à bord d'un navire suisse et l'art. 28 ONM prohibe l'affectation des personnes de moins de 18 ans à du travail de nuit, c'est-à-dire à du travail accompli entre 9 heures du soir à 6 heures du matin), sur les examens médicaux (l'art. 17 ONM subordonne tout engagement à bord d'un navire suisse à la présentation d'un certificat médical d'aptitude physique et l'art. 18 ONM oblige chaque marin à subir un nouvel examen médical tous les deux ans au moins), sur la durée du travail à bord (la durée normale du travail est, en règle générale, fixée à 8 heures par jour ; *cf.* art. 23-31 ONM), sur la nourriture des marins à bord (art. 32-36 ONM), sur le

620 L'art. 24*ter* aCst. 1874, à teneur duquel, « *La législation sur la navigation est du domaine de la Confédération* », a été introduit dans la Constitution fédérale avec effet au 4 mai 1919. *Cf.* Arrêté fédéral concernant le résultat de la votation populaire du 4 mai 1919 sur l'insertion d'un article 24*ter* dans la Constitution fédérale (navigation) du 27 juin 1919, RO 35 593. *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une révision de la Constitution fédérale (législation sur la navigation) du 20 octobre 1917, FF 1917 IV 301 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 4 mai 1919 (navigation et impôt de guerre), du 7 juin 1919, FF 1919 III 417.

621 Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM), RS 747.30.

622 Ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956 (ONM), RS 747.301.

623 Le personnel non navigant des entreprises suisses de navigation n'est pas visé par la LNM ; ses conditions de travail sont dès lors régies par la LTr. *Cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 33.

droit aux vacances des marins (art. 38-40 ONM)[624] et sur l'assurance-maladie et accidents des marins (art. 41-43 ONM et Annexe III).

Une procédure de plaintes permet aux marins de dénoncer les éventuels manquements : en cas d'insuffisances des logements et de la nourriture ou d'inobservation des prescriptions sur l'âge minimum, sur l'examen médical, sur la distribution du travail, sur la durée de celui-ci et sur le travail supplémentaire, les marins peuvent remettre une plainte écrite au capitaine, qui doit signaler celle-ci sur le livre de bord et indiquer quelles mesures d'enquête ou de redressement ont été prises (art. 37 al. 1 ONM). Lorsque le marin estime que ni le capitaine, ni l'armateur n'ont pris les mesures de redressement nécessaires, il peut alors adresser sa plainte directement à l'Office suisse de la navigation maritime (art. 37 al. 2 ONM).

Actuellement, les conditions de travail des gens de mer à bord d'un navire sont toujours régies par la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LNM et ONM) ; les entreprises soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse échappent en effet à toute application de la LTr (art. 2 al. 1 lit. c LTr ; *infra*, 2.).

2. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964

Malgré le développement de la législation en matière de protection des travailleurs intervenu depuis le début du XIX^e^ siècle, celle-ci est demeurée « *incomplète et fragmentée* » jusqu'au milieu du XX^e^ siècle[625]. Ce n'est, en effet, que le 6 juillet 1947 que la Confédération a acquis une compétence législative générale en matière de protection des employés et ouvriers (modification de l'art. 34*ter* aCst. 1874) ; avant cette date, la compétence législative de la Confédération était limitée à la protection des travailleurs occupés dans l'industrie (art. 34 al. 1 aCst. 1874), les arts et métiers (insertion, en 1908, d'un art. 34*ter* aCst. 1874), les chemins de fer (art. 26 et 36 aCst. 1874) et à la conduite professionnelle de véhicules à moteur (art. 37*bis* aCst. 1874)[626]. La protection était loin d'être universelle puisque seuls 2/5^e^ des travailleurs et 1/5^e^ des entreprises entraient dans le champ d'application de la législation fédérale[627].

---

624 En particulier, l'art. 38 ONM indique que le droit minimum à des vacances payées se détermine d'après l'art. 329*a* CO (*cf.* art. 329*a* al. 1 CO : « *L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins et cinq semaines au moins aux travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus* »).

625 TSCHUDI/GEISER/WYLER, CLTr, n° 6, p. 3.

626 *Cf.* FF 1960 II 885 (890).

627 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 54.

L'idée d'élaborer une loi fédérale générale de protection des travailleurs a été émise, pour la première fois, le 30 novembre 1908, lors d'une conférence qui réunissait les représentants du Département fédéral de l'industrie et des groupements économiques intéressés[628]. Elle a mis du temps à se matérialiser, puisque le Message du Conseil fédéral concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce n'a été publié que le 30 septembre 1960[629]. Ce message faisait suite à trois avant-projets demeurés infructueux (avant-projets de 1918[630], 1935[631] et 1945[632]).

---

628 FF 1960 II 885 (894).

629 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885 ; Projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), FF 1960 II 1013.

630 Le projet de loi générale sur la protection des travailleurs de 1918, qui était l'œuvre de l'Union suisse des arts et métiers (USAM), « *se limitait à quelques dispositions-cadres et tendait surtout à accorder aux groupements professionnels une large autonomie en les chargeant de régler les détails dans les conventions collectives de travail, qui devaient, dans une large mesure, recevoir force obligatoire et avoir des effets de prescriptions de droit public* ». Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (894).

631 Suite à l'échec du projet de 1918, les milieux syndicaux (l'Association suisse des employés et l'Association suisse des syndicats évangéliques, notamment) ont revendiqué l'adoption d'une législation générale de protection des employés et, en 1929, un projet de loi sur la protection des travailleurs dans les arts et métiers, rédigé par le professeur Walther Hug, a été publié. Il s'agissait d'un projet « *très étendu et à divers égards fondamental* ». Suite à l'adoption de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930, les travaux préparatoires relatifs à l'adoption d'une loi générale sur le travail ont repris. En 1935, un avant-projet de loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers a été rédigé par l'ancien directeur de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, Monsieur Hans Pfister (« *avant-projet Pfister* »). La même année, l'Union syndicale suisse a opposé un contre-projet à l'« *avant-projet Pfister* ». Tant le projet que le contre-projet ont été abandonnés au profit de la révision des articles constitutionnels relatifs au domaine économique. Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (894-895).

632 Les travaux d'élaboration d'une loi générale de protection des travailleurs ont repris à la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec la constitution, en 1943, d'une « *commission préconsultative* » placée sous la présidence de Monsieur Georg Willi, directeur, à cette époque, de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail. En 1945, la « *commission préconsultative* » a élaboré un « *avant-projet de loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers* » qui, « *compte tenu de l'évolution subie en matière de politique sociale durant les années de crise et de guerre* », était deux fois plus volumineux que l'« *avant-projet Pfister* » de 1935. L'« *avant-projet de loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers* » de 1945 comportait « *toute une série d'innovations importantes* », telles par exemple, une protection très développée contre les congés (prévoyant l'octroi d'une indemnité de congédiement), l'octroi d'un demi-jour de congé par semaine, ainsi qu'une réglementation de droit public touchant les vacances. En 1946, l'Union syndicale a présenté une « *variante* » de l'avant-projet de 1945, qui prévoyait, pour l'essentiel, l'établissement d'une loi-cadre et conférait de vastes compétences aux groupements professionnels pour instituer des réglementations spéciales adaptées aux particularités des divers groupes professionnels, par le biais de conventions collectives acquérant force obligatoire. La commission d'experts nommée pour examiner l'avant-projet

La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) a été adoptée par les Chambres fédérales le 13 mars 1964 ; elle est entrée en vigueur le 1er février 1966[633]. Il s'agit de la première loi fédérale qui régit l'ensemble de l'économie (hormis, toutefois, l'agriculture et le personnel de maison). Avant l'entrée en vigueur de la LTr, seuls 3/8e des salariés bénéficiaient d'une législation fédérale protectrice des travailleurs contenant une limitation de la durée du travail (LFab 1914/1919 ou aLDT)[634] ; la « *grande majorité des salariés* », en particulier les travailleurs occupés dans le commerce et l'artisanat, échappait ainsi à la protection conférée en la matière par le droit fédéral[635]. Cette situation était contraire au principe de l'égalité devant la loi et il convenait donc, pour y remédier, d'étendre la législation fédérale sur la protection des travailleurs à l'ensemble des salariés ; la LTr a donc été conçue comme « *un régime légal de protection des travailleurs embrassant l'ensemble de l'industrie, de l'artisanat et du commerce afin de disposer d'une législation formant un tout et clairement ordonnée* », c'est-à-dire comme un « *ensemble bien ordonné auquel doit aboutir la codification de toutes les dispositions touchant la protection des travailleurs* »[636]. La LTr symbolise l'instauration

---

de 1945 a chargé les professeurs Oscar Adolf Germann et Walther Hug d'élaborer un nouveau projet de loi, en y incorporant la loi sur les fabriques. En décembre 1950, un « *projet de loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires (loi sur le travail)* » a été publié. Celui-ci a été provisoirement abandonné au profit des travaux d'élaboration de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, qui a été adoptée le 28 septembre 1956 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1957. Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (895-897). *Cf.* aussi Avant-projet d'une loi fédérale sur le travail dans le commerce et les arts et métiers : avec rapport explicatif élaboré par la commission préconsultative instituée à cet effet par le Département fédéral de l'économie publique, Berne 1945 ; OFFICE FÉDÉRAL DE L'INDUSTRIE DES ARTS ET MÉTIERS ET DU TRAVAIL (OFIAMT), Préparation d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires (loi sur le travail), Berne 1950. Sur la genèse de la LTr, *cf.*, p. ex., HUG, CLTr, nos 27-40, pp. 12-19 ; HUG, Die Kodifikation, pp. 275-279.

633 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11 (RO 1966 57, FF 1964 I 567). Pour les travaux parlementaires, *cf.* BOCN 1962, pp. 112-223, 330-399 et 460-483 ; BOCE 1963, pp. 15-38, 45-68, 241-248 et 366-368 ; BOCN 1963, pp. 326-352 et 635-644 ; BOCN 1964, pp. 163-170 et 249-250 ; BOCE 1964, pp. 72-75 et 112.

634 La LFab 1914/1919 et la loi sur la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT ; *supra*, A., 2., d)) étaient les seuls textes légaux qui réglementaient la durée du travail. La loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922 (*supra*, 1., a)), par exemple, ne contenait pas pareille prescription. Sur ce point, *cf.* FF 1960 II 885 (891-892).

635 *Cf.* FF 1960 II 885 (890-891).

636 *Cf.* FF 1960 II 885 (891 et 893). *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, p. 58 : « *Mit dem Arbeitsgesetz vom 1964 wurde das Ziel verfolgt, zerstreute, verschiedenartige gesetzliche Vorschriften zu kodifizieren und damit Lücken im Geltungsbereich zu schliessen. Infolgedessen brachte dieses Gesetz keine sozialpolitischen Pionierleistungen* ».

d'une « *réglementation uniforme dans le domaine de la protection de droit public du travail* »[637]. Il s'agit donc à la fois d'une « *œuvre de codification* » (regroupement, en une seule loi, de la quasi-totalité des dispositions protectrices jadis éparses dans plusieurs lois fédérales) et d'une « *œuvre d'uniformisation* » (l'ensemble de la protection est unifié au niveau fédéral)[638].

L'élaboration d'une loi générale de protection des travailleurs était nécessaire, malgré l'existence des conventions collectives[639]. Selon le Conseil fédéral, en effet, « *Si importantes que soient les conventions collectives de travail pour le maintien de la paix sociale et de la collaboration entre employeurs et travailleurs, elles ne sauraient remplacer complètement le droit public en matière de protection des travailleurs, à savoir les prescriptions indispensables pour sauvegarder l'intérêt général* » ; ainsi, « *la protection de la santé des travailleurs, la réglementation de la durée maximum du travail, l'interdiction du travail de nuit et du dimanche, et surtout la protection des femmes et des jeunes gens ne peuvent être efficacement assurées que par des prescriptions de droit public* »[640]. De surcroît, « *seule la loi est en mesure de garantir de manière durable la protection des travailleurs ; les conventions collectives de travail sont toujours conclues pour une période limitée et doivent donc être reconduites, ce qui entraîne les risques de situations où il n'existe plus de convention* »[641]. L'adoption d'une législation protectrice générale des travailleurs n'a cependant pas pour effet de porter préjudice au développement des conventions collectives ; la législation de droit public se borne en effet à consacrer « *les prescriptions minimums indispensables sur la base desquelles les groupements d'employeurs et de travailleurs peuvent établir, par la voie des conventions collectives de travail, une réglementation plus complète et favorable aux travailleurs* »[642]. La LTr se distingue ainsi par sa technique législative, qui « *s'efforce d'établir une réglementation réduite à ses principes et d'énoncer ces principes sous forme de prescriptions faciles à appliquer* », procédé qui établit « *les bases nécessaires pour une juste démarcation du domaine du droit étatique et de celui du droit collectif* »[643].

---

637 FF 1960 II 885 (912).

638 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 3 *ad* art. 71 LTr, p. 691.

639 Sur les origines et l'évolution du droit collectif du travail, *cf. infra*, V.

640 FF 1960 II 885 (892). *Cf.* aussi TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 18-19 : « *Lorsque l'intérêt général requiert une réglementation sans lacune, des prescriptions légales de droit public sont indispensables ; dans la mesure où des solutions souples sont préférables et où l'intervention de l'administration paraît inutile, on laissera le champ libre aux conventions collectives* ».

641 FF 1960 II 885 (892).

642 FF 1960 II 885 (892-893 et 902-903). *Cf.* aussi HUG, CLTr 1971, n° 55, pp. 26-27 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 19.

643 FF 1960 II 885 (912).

Contrairement à la législation fédérale sur les fabriques qui lui a préexisté (LFab 1877, LFab 1914/1919), la LTr contient exclusivement des prescriptions de droit public sur la protection des travailleurs, c'est-à-dire « *des prescriptions sur l'hygiène et la prévention des accidents, sur la durée du travail et du repos, ainsi que sur la protection spéciale des jeunes gens et des femmes* » ; les prescriptions relatives au règlement d'entreprise (art. 37-39 LTr) font toutefois exception : bien qu'appartenant au droit privé, celles-ci ont été insérées dans la LTr en raison du fait qu'elles sont « *étroitement liées avec les prescriptions de droit public* »[644]. Lors de l'élaboration de la LTr, il a été décidé que les prescriptions de droit privé qui figuraient jusqu'alors dans la LFab 1914/1919 (les art. 23 et 69 al. 2 et 5 LFab 1914/1919, qui instituaient une protection contre le licenciement, p. ex. ; *supra*, A., 2., b)) devaient désormais être consacrées par le Code des obligations ; la révision des Titres X et X*bis* du Code des obligations, qui a été entreprise dès 1957, a réalisé ce transfert avec effet au 1er janvier 1972[645].

Depuis son adoption le 13 mars 1964, la LTr a fait l'objet de nombreuses révisions ; toutefois, seule la révision du 20 mars 1998 (entrée en vigueur le 1er août 2000) a introduit des modifications d'envergure (suppression de la réglementation spécifique du travail des femmes afin de respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes[646], introduction

644 FF 1960 II 885 (897). *Cf.* aussi GRISEL, pp. 478 et 501-502 : « *Une personne privée ne pouvant créer du droit public, même par délégation, on ne saurait reconnaître des effets de droit public aux dispositions d'un tel règlement* » ; MAHON, La réglementation du travail, pp. 20 et 50-51 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 108 : « *L'établissement d'un règlement d'entreprise est une obligation imposée à l'employeur par le droit public. Par contre, le règlement lui-même exerce des effets de droit privé. L'employeur ne reçoit aucune parcelle de la puissance publique ; il jouit simplement d'une certaine autonomie dont le champ ne peut être étendu qu'en collaboration avec les travailleurs* ».

645 FF 1960 II 885 (897-898). *Cf.* également Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249 (261 et 264-267) ; Loi fédérale révisant les Titres dixième et dixième*bis* du Code des obligations du 25 juin 1971, RO 1971 1461.

646 Avec l'introduction, le 14 juin 1981, de l'art. 4 al. 2 dans de la Constitution fédérale de 1874 (actuel art. 8 al. 3 Cst.), les dispositions régissant spécifiquement le travail des femmes (*cf.* les art. 33, 34 et 36 LTr dans leur teneur en vigueur avant la révision du 20 mars 1998, RO 1966 57) sont devenues anticonstitutionnelles. Le Conseil fédéral était d'avis qu'il convenait de réviser la LTr afin de tenir compte du « *nouveau statut de la femme dans le monde du travail* », en particulier, d'abroger les dispositions discriminatoires à l'égard des femmes, telle l'interdiction générale du travail de nuit des femmes (*cf.* Rapport sur les grandes lignes de la politique gouvernementale 1983-1987 du 18 janvier 1984, FF 1984 I 153 (212-213) ; Rapport sur le programme législatif « *Egalité des droits entre hommes et femmes* » du 26 février 1986, FF 1986 I 1132). Les dispositions de la LTr introduisant une protection spéciale en faveur des femmes n'ont toutefois été supprimées qu'à l'occasion de la révision de la LTr du 20 mars 1998. *Cf.* Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire « *Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes* » du 10 octobre 1980, FF 1980 III 713 ; Arrêté du Conseil fédéral constatant le

d'une flexibilisation du temps de travail, amélioration de la protection des personnes occupées la nuit et le dimanche et de la protection de la maternité, notamment)[647].

La LTr, qui contient 74 articles, est complétée par cinq ordonnances du Conseil fédéral : l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 (OLT 1)[648], qui est une ordonnance générale à laquelle s'ajoute, notamment, l'ordonnance du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (OProMa)[649] ; l'ordonnance 2 du 10 mai 2000 (OLT 2)[650], qui contient des dispositions spéciales s'appliquant à certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ; l'ordonnance 3 du 18 août 1993 (OLT 3)[651], consacrée aux standards d'hygiène à respecter sur le lieu de travail ; l'ordonnance 4 du 18 août 1993 (OLT 4)[652], qui explicite les dispositions que doivent respecter les entreprises industrielles et fixe les conditions à remplir pour obtenir l'approbation de plans ainsi que les autorisations d'exploiter ; l'ordonnance 5 du 28 septembre 2007, qui régit la protection des jeunes travailleurs (OLT 5)[653], sur la base de laquelle le DEFR a adopté une Ordonnance du 4 décembre 2007 sur les travaux dangereux pour les jeunes[654] et une Ordonnance du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale[655].

résultat de la votation populaire du 14 juin 1981 (Egalité des droits entre hommes et femmes ; protection des consommateurs) du 17 août 1981, FF 1981 II 1216 ; Modification de la Constitution fédérale (Egalité des droits entre hommes et femmes), RO 1981 1243. Au niveau de l'OIT, la Convention n° 89, qui réglementait spécifiquement le travail de nuit des femmes, a été remplacée par une nouvelle Convention, la Conv. OIT n° 171 sur le travail de nuit du 26 juin 1990, qui s'adresse aussi bien aux femmes qu'aux hommes et respecte ainsi mieux le principe de l'égalité de traitement.

647 Modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 20 mars 1998 (entrée en vigueur le 1er août 2000), RO 2000 1569 (FF 1998 II 1160). *Cf.* aussi Message concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 2 février 1994, FF 1994 II 157.

648 Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

649 Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (Ordonnance sur la protection de la maternité, OProMa), RS 822.111.52.

650 Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (Dispositions spéciales pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs ; OLT 2), RS 822.112.

651 Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Hygiène ; OLT 3), RS 822.113.

652 Ordonnance 4 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993 (Entreprises industrielles, approbation des plans et autorisation d'exploiter ; OLT 4), RS 822.114.

653 Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail du 28 septembre 2007 (Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs ; OLT 5), RS 822.115.

654 Ordonnance du DEFR sur les travaux dangereux pour les jeunes du 4 décembre 2007, RS 822.115.2.

655 Ordonnance du DEFR concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale du 21 avril 2011, RS 822.115.4.

La LTr, qui est l'aboutissement de près de « *200 ans de développement de législation en matière de protection des travailleurs en Suisse* »[656], trouve son assise constitutionnelle à l'art. 34*ter* aCst. 1874 (actuel art. 110 al. 1 lit. a et b Cst.). Elle assure une protection générale de droit public à tous les travailleurs entrant dans son champ d'application personnel (art. 1-5 LTr ; *infra*, a)). La loi ancre l'obligation générale de l'employeur de protéger la santé des travailleurs et soumet la construction ou la transformation d'entreprises à une procédure d'approbation des plans et à la délivrance d'une autorisation d'exploiter (art. 6-8 LTr ; *infra*, b)), règle la durée du travail et du repos (art. 9-28 LTr ; *infra*, c)), institue une protection spéciale en faveur de certaines catégories de travailleurs (jeunes travailleurs, travailleuses en situation de maternité et travailleurs ayant des responsabilités familiales, notamment ; art. 29-36*a* LTr ; *infra*, d)) et impose l'élaboration d'un règlement d'entreprise (art. 37-39 LTr ; *infra*, e)). La loi contient également une réserve en faveur du droit public (art. 71 LTr ; *infra*, f)) et se distingue, sur ce point, de la législation sur le travail dans les fabriques qui ne contenait pas de réserve expresse en la matière. Quant à la mise en œuvre de la LTr et de ses ordonnances, elle incombe aux cantons, qui désignent les autorités chargées de l'exécution[657], ainsi qu'une autorité de recours (art. 41 LTr, art. 79 OLT 1) ; la Confédération exerce la haute surveillance et est habilitée à donner des instructions aux autorités cantonales d'exécution (art. 42 LTr, art. 75 OLT 1 ; *infra*, g)).

La LTr étant une loi de droit public, les prescriptions qu'elle énonce sont impératives. Si les parties au contrat de travail ne sauraient convenir d'écarter cette loi, elles peuvent, cependant, prévoir un régime plus favorable au travailleur ; la LTr arrête en effet le seuil minimal de protection auquel il est interdit de déroger en défaveur du travailleur[658].

Bien que la LTr et ses ordonnances d'application appartiennent au droit public, nous nous devons de signaler qu'une disposition de droit privé a récemment fait son entrée dans l'OLT 1. Avec effet au 1er juin 2014, l'art. 60 al. 2 OLT 1 a été modifié[659], afin de permettre à la Suisse de ratifier la Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité[660] ; en ce qu'elle consacre désormais expressément le droit des mères à des pauses d'allaitement et qu'elle règle le droit au salaire pendant celles-ci, nul doute que la disposition en cause est de droit privé. Un pas vers la mixité a donc été accompli. Il s'agit là, en quelque sorte, d'un retour aux sources, puisque,

---

656 TSCHUDI/GEISER/WYLER, CLTr, n° 1, p. 1.

657 Dans le canton de Vaud, l'autorité chargée de l'exécution de la LTr est le Service de l'emploi. *Cf.* art. 44-54 de la loi vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005 (LEmp-VD), RSV 822.11.

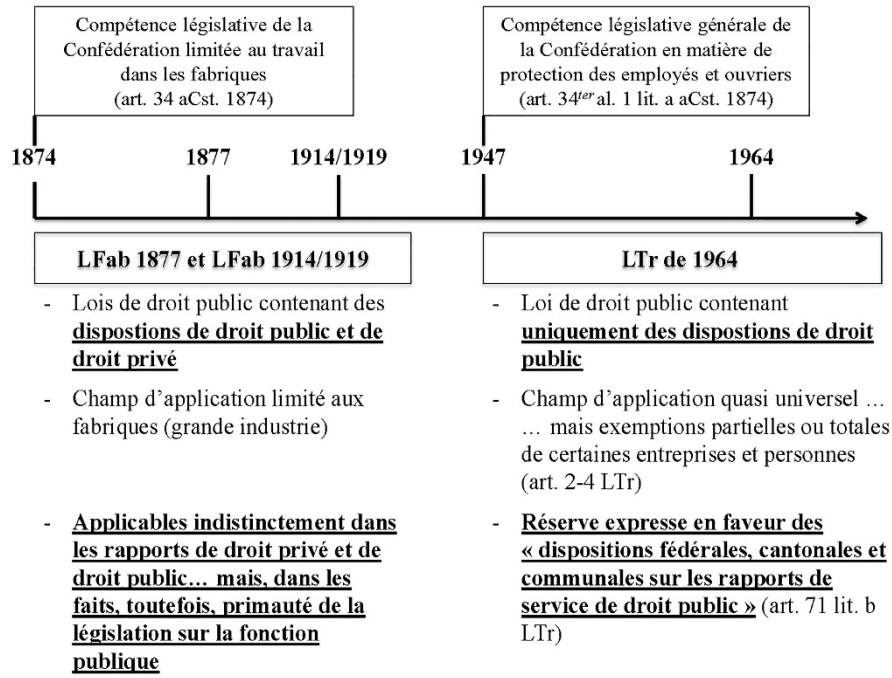
658 MAHON, La réglementation du travail, p. 20.

659 Modification de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) du 30 avril 2014, RO 2014 999.

660 Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 183 sur la protection de la maternité, adoptée le 15 juin 2000, approuvée par l'Assemblée fédérale le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015, RS 0.822.728.3.

permettons-nous de le rappeler, la législation de protection des travailleurs était, à l'origine, une législation mixte. La LFab 1877 contenait en effet à la fois des dispositions de droit public et des dispositions de droit privé.

Schéma 11 : Tableau comparatif de la législation fédérale sur le travail dans les fabriques et de la LTr



a) Le champ d'application personnel

L'une des principales innovations apportées par la LTr résulte de son champ d'application qui permet une « *synthèse en une loi unique de la protection assurée par l'Etat aux travailleurs salariés de tout le domaine immense de l'économie* »[661] (*infra*, aa)). La main d'œuvre agricole et le personnel de maison échappent toutefois à la protection légale

[661] GROBÉTY, p. 190 : la LTr représente une « *extension aux branches industrielle, artisanale et commerciale des principes qui ne régissaient au début du XXème siècle que les ouvriers de fabriques* ». *Cf.* aussi FF 1960 II 885 (907). *Cf.* également TSCHUDI, Geschichte, pp. 58-59.

(*infra*, bb))[662]. L'entrée en vigueur de la LTr a ainsi eu pour effet d'abroger, outre la LFab 1914/1919[663] (*supra*, A., 2., b)), également la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers du 31 mars 1922 (*supra*, 1., a)), la loi fédérale sur le repos hebdomadaire du 26 septembre 1931 (*supra*, 1., c)), la loi fédérale sur l'âge minimum des travailleurs du 24 juin 1938 (*supra*, 1., d)) et la loi fédérale concernant la fabrication et la vente des allumettes du 2 novembre 1898 (*supra*, A., 2., c)) ; *cf.* art. 72 LTr). Compte tenu de la force dérogatoire du droit fédéral, les réglementations cantonales de protection ouvrière ont également été abrogées à compter de l'entrée en vigueur de la LTr (*supra*, A., 2., e) ; *cf.* art. 73 LTr). En revanche, la LTr n'a abrogé ni la législation fédérale sur la protection du travail dans les entreprises de transport (*supra*, A., 2., d) et *infra*, 3., a)), ni la loi sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (*supra*, 1., e) et *infra*, 3., b))[664], ni la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM ; *supra*, 1., f)) ; ces réglementations demeurent ainsi en vigueur, en tant que lois spéciales de droit public sur la protection du travail[665].

Etant donné que la vocation de la LTr consiste à « *instituer une réglementation complète et assurer la protection de la santé des travailleurs de manière uniforme pour tout le pays* », les compétences des cantons en matière de protection des travailleurs ont été largement réduites ; s'« *il ne reste plus de place pour une législation cantonale en matière de protection du travail* », pas même pour des règles plus favorables aux travailleurs, les cantons demeurent toutefois compétents pour « *adopter des prescriptions de droit public qui, tout en étant en rapport plus ou moins étroit avec la législation sur la protection du travail, n'en font pas proprement partie* » (prescriptions de police ; *cf.* art. 71 lit. c LTr ; *infra*, f))[666]. Cette constatation ne s'appliquant qu'aux domaines relevant du champ

---

662 La main-d'œuvre agricole et le personnel de maison ne sont cependant pas dépourvus de toute protection, puisque les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types de travail régissant leurs conditions de travail (*cf.* art. 359 al. 2 CO : « *Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison ; notamment, ces contrats-types règlent la durée du travail et du repos et les conditions de travail des travailleuses et des jeunes travailleurs* »). *Cf.* aussi TSCHUDI, Geschichte, p. 59 : « *Insbesondere erfasst das Arbeitsgesetz die Landwirtschaft und den Hausdienst nicht. Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzbestimmungen für diese Erwerbszweige fehlen. Die Lücke wird – allerdings mit bloss dispositiver privatrechtlicher Wirkung – ausgefüllt durch Normalarbeitsverträge* ».

663 Les prescriptions des art. 30, 31 et 33-35 LFab 1914/1919, relatifs à la création d'offices cantonaux de conciliation pour les conflits collectifs de travail, ont toutefois été maintenues en vigueur (*cf.* art. 72 al. 2 lit. b LTr).

664 Avec effet au 1er avril 1983, la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 a été remplacée par la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD ; RS 822.31).

665 *Cf.* FF 1960 II 885 (907-908).

666 FF 1960 II 885 (901). *Cf.* aussi HUG, CLTr 1971, nos 43 et 48-49, pp. 20 et 23 : à la base de la LTr figure la « *conception d'une réglementation exhaustive par le droit fédéral* ». *Cf.* également AUBERT,

d'application de la LTr, les cantons restent naturellement compétents pour légiférer dans les secteurs où le législateur fédéral n'a pas fait usage de ses compétences (en matière de protection des travailleurs agricoles, p. ex.)[667].

aa) Le principe

Conformément à son art. 1er, la LTr s'applique à « *toutes les entreprises publiques et privées* » (*cf.* art. 1 al. 1 LTr). Le champ d'application de la loi est volontairement défini « *de manière aussi large que possible* », afin de couvrir le plus grand nombre de situations et de protéger le maximum de personnes[668]. Le titre même de la loi (« *Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce* ») est à cet égard « *trompeur* », car « *trop restrictif, quant à l'étendue réelle de son champ d'application* »[669].

Si le législateur était mu par la volonté d'élaborer une loi générale de protection, applicable à tous les travailleurs, certaines catégories d'entreprises et de travailleurs échappent cependant, partiellement ou totalement, à l'application de la loi. Le « *principe d'un droit du travail unique* » pour toutes les entreprises et tous les travailleurs fait ainsi l'objet de certaines restrictions (*infra*, bb))[670].

bb) Les exceptions

Les art. 2-4 LTr réduisent le champ d'application de la loi puisqu'ils consacrent des exceptions. A teneur des dispositions précitées, certaines catégories d'entreprises (*infra*,

---

CLTr 1971, nos 26 *ad* art. 71-74 LTr, pp. 453-454 : « *Il n'y a plus de place non plus pour des règles cantonales plus favorables aux travailleurs. L'idée que la LT ne représente qu'une protection minimale, que le droit cantonal pourrait dépasser, a été abandonnée pendant la préparation de la loi* ».

667 HUG, CLTr 1971, n° 43, p. 20. Sur ce point, *cf.* également AUBERT, CLTr 1971, nos 19-27 *ad* art. 71-74 LTr, pp. 452-454.

668 GEISER, CLTr, n° 2 *ad* art. 1 LTr, p. 27. Sur le champ d'application personnel de la LTr, *cf.* FF 1960 II 885 (914-934). *Cf.* aussi GEISER, CLTr, *ad* art. 1-5 LTr, p. 24-110 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 30-39 ; WEGMANN KARL, Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes, in : Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz – 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Staempfli, Berne 1996, pp. 69-95 ; ZWAHLEN, CLTr 1971, *ad* art. 1-4 LTr, pp. 40-69.

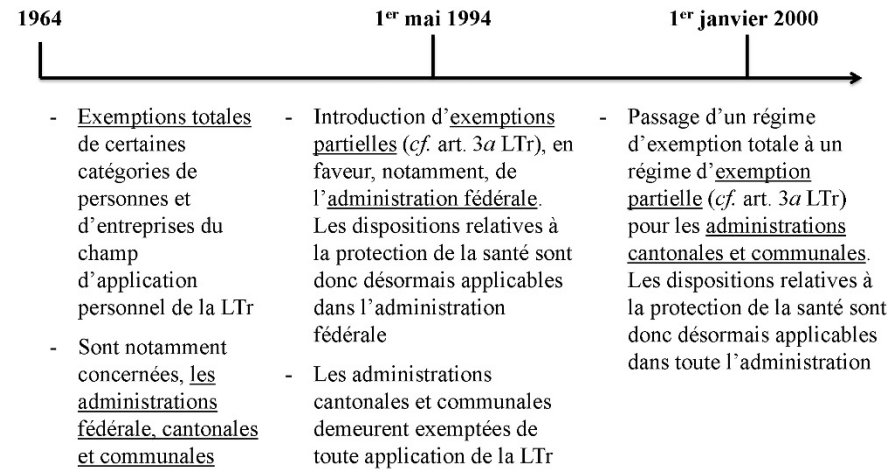
669 ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 2 *ad* art. 1 LTr, p. 42. *Cf.* aussi SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 1 LTr, p. 001-1 : la LTr régit également les professions libérales et les autres prestataires de services lorsqu'il y a un rapport de travail au sens de la loi ; GEISER, CLTr n° 4 *ad* art. 1 LTr, pp. 27-28, qui juge le titre de « *Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce* » trop étroit, la LTr s'appliquant également à des branches de l'économie qui ne sont pas citées dans cette énumération, tels le secteur de la santé et les entreprises de services.

670 GEISER, CLTr, n° 3 *ad* art. 2 LTr, p. 48.

aaa)) et de travailleurs (*infra*, bbb)) sont en effet exclues du champ d'application de la LTr, soit totalement (art. 2, 3 et 4 LTr), soit partiellement (art. 3*a* LTr).

Si les exemptions totales sont aussi anciennes que la LTr, les exemptions partielles sont nettement plus jeunes. Cela signifie que le champ d'application de la LTr a subi un élargissement depuis son entrée en vigueur. Les exemptions partielles, conformément auxquelles seules les dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) sont applicables (art. 2 al. 1, art. 3 et 3*a* LTr)[671], ont en effet été introduites avec effet au 1er mai 1994, date de l'entrée en vigueur de l'art. 3*a* LTr[672]. En conférant une protection de la santé aux travailleurs occupés dans des secteurs jusqu'alors totalement exclus de la LTr, il s'agissait d'adapter le droit suisse au droit européen, afin de permettre à la Suisse d'adhérer à l'Espace économique européen (EEE)[673].

Schéma 12 : Le champ d'application personnel de la LTr



aaa) Les exemptions quant aux entreprises

Les exemptions quant aux entreprises (*cf.* art. 2 et 4 LTr) se justifient, d'une part, par le fait que dans certaines catégories d'entreprises, des lois (LPers et lois cantonales sur la

671 La liste des dispositions de protection de la santé contenue à l'art. 3*a* LTr (art. 6, 35 et 36*a* LTr) est exhaustive. *Cf.* MÜLLER, ArG-Kommentar, n° 4 *ad* art. 3*a* LTr, p. 39.

672 Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035.

673 *Cf.* Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 (818) ; Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506 (642-648).

fonction publique, LDT, LNM, notamment) réglementent spécifiquement la protection des travailleurs (art. 2 al. 1 lit. a-c LTr) et, d'autre part, en raison de la réglementation particulière, en regard notamment des heures de travail, qu'appellent certains domaines de l'économie[674].

Les art. 2 et 4 LTr exemptent différentes catégories d'entreprises de toute application de la loi. Sont visées : les entreprises familiales (entreprises dans lesquelles sont seuls occupés des membres de la famille du chef de l'entreprise ; art. 4 LTr)[675] ; les entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics (LDT ; art. 2 al. 1 lit. b LTr)[676] ; les entreprises soumises à la législation fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (art. 2 al. 1 lit. c LTr)[677] ; les entreprises agricoles (art. 2 al. 1

[674] *Cf.* GEISER, CLTr, n° 3 *ad* art. 2 LTr, p. 48 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 34. *Cf.* aussi ATF 93 I 581, c. 1.

[675] Exempter les entreprises familiales de l'application de la LTr s'explique par « *le désir du législateur de droit public de ne pas s'immiscer dans les relations de famille, relations qui influencent nécessairement la gestion et les conditions de travail des entreprises où des proches parents travaillent ensemble, dans un esprit d'entr'aide et selon d'autres modalités que s'ils étaient étrangers les uns des autres* » (*cf.* ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 1 *ad* art. 4 LTr, p. 68). Certaines prescriptions de la LTr peuvent, cependant, par voie d'ordonnance, être rendues applicables à des jeunes gens membres de la famille du chef de l'entreprise, si cela est nécessaire pour protéger leur vie ou leur santé ou pour sauvegarder leur moralité (*cf.* art. 4 al. 3 LTr). En outre, lorsque des personnes non membres de la famille du chef de l'entreprise sont employées dans une entreprise familiale, la LTr est applicable dans les relations liant l'entreprise à ces personnes (art. 4 al. 2 LTr). Sur cette exemption, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, *ad* art. 4 LTr, pp. 90-98.

[676] Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), RS 822.21. L'exemption des entreprises soumises à la législation fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics « *se justifie du fait que la loi sur la durée du travail contient une réglementation complète sur la durée du travail et du repos, y compris des prescriptions sur les vacances, ainsi qu'une prescription sur l'emploi des femmes* ». *Cf.* FF 1960 II 885 (918). La LDT s'applique ainsi à titre de *lex specialis*. Concernant cette loi, *cf. infra*, 3.

[677] Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (LNM), RS 747.30. Conformément aux art. 47 et 63 LNM, il appartient au Conseil fédéral d'édicter, en tenant compte des conventions internationales et des usages en vigueur dans la navigation maritime, les dispositions relatives, notamment, à la sauvegarde de la vie humaine, aux conditions minimales de travail des gens de mer à bord d'un navire et à la protection de la santé, aux soins médicaux, au bien-être et à la sécurité sociale. Adoptée sur cette base, l'Ordonnance sur la navigation maritime du 20 novembre 1956 (ONM ; RS 747.301) régit, en particulier, la durée du travail à bord (art. 23-31 ONM), la nourriture des marins à bord (art. 32-36 ONM), le droit des marins aux vacances (art. 38-40 ONM), ainsi que l'assurance-maladie et accidents des marins (art. 41-43 ONM et Annexe III). Etant donné que l'ordonnance contient « *une réglementation complète sur la protection du travail en mer, […] il serait superflu de soumettre les entreprises de navigation maritime à la loi sur le travail. Les soustraire à cette dernière loi s'impose aussi parce que la navigation maritime, vu qu'elle s'accomplit hors du territoire suisse, échapperait à l'intervention des autorités fédérales et cantonales d'exécution et de surveillance que prévoit la loi sur le travail* ». *Cf.* FF 1960 II 885 (919).

lit. d LTr, art. 5 OLT 1)[678], horticoles (art. 2 al. 1 lit. e LTr, art. 6 OLT 1)[679] et de pêche (art. 2 al. 1 lit. f LTr)[680] ; les ménages privés[681]. Les travailleurs occupés par des entreprises échappant à toute application de la LTr ne sont jamais soumis à celle-ci ; ce principe vaut

[678] Seules les dispositions de la LTr relatives à l'âge minimum s'appliquent dans les entreprises agricoles (*cf.* art. 2 al. 4 LTr). L'exemption de ce secteur s'explique par le fait que, dans l'agriculture, « *les horaires et le rythme du travail dépendent de la nature et de ses influences météorologiques* » (GEISER, CLTr, n° 24 *ad* art. 2 LTr, p. 56). En outre, les conditions de travail dans l'agriculture étant régies par des contrats-types de travail (*cf.* art. 359 CO), qui arrêtent, notamment, les obligations des parties, la durée du travail et du repos, le droit aux vacances, ainsi que des prescriptions ayant trait au paiement du salaire en cas de maladie ou à la dissolution des rapports de travail, il n'était pas nécessaire de soumettre ce secteur d'activité à la LTr. *Cf.* FF 1960 II 885 (920-921). Pour des exemples, *cf.*, Arrêté vaudois établissant un contrat-type de travail pour l'agriculture du 3 avril 2000 (ACTT-agr), RSV 222.55.1 ; Arrêté neuchâtelois concernant le contrat-type de travail pour l'agriculture du 27 novembre 2002 (CTT-Agri), RSN 225.43 ; Contrat-type de travail de l'agriculture genevois du 13 décembre 2011 (CTT-Agri), rs/GE J 1 50.09.

[679] A teneur de l'art. 2 al. 3 LTr, certaines dispositions de la loi peuvent toutefois, par ordonnance, être déclarées applicables à de telles entreprises lorsque celles-ci forment des apprentis ; l'art. 3 al. 1 OLT 5 réserve, en effet, l'application de la LTr aux jeunes qui suivent une formation professionnelle initiale au sens de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr ; RS 412.10) dans une entreprise horticole. Par ailleurs, les dispositions de la LTr relatives à l'âge minimum s'appliquent également aux entreprises horticoles (*cf.* art. 2 al. 4 LTr).

[680] Dans les entreprises de pêche, les dispositions relatives à l'âge minimum sont toutefois applicables (*cf.* art. 2 al. 4 LTr). La protection des travailleurs occupés dans une entreprise de pêche doit être assurée par un contrat-type de travail cantonal (art. 359 al. 2 CO). Les entreprises de pisciculture n'étant pas assimilées à des entreprises de pêche, elles sont soumises à la LTr dans la mesure où il ne s'agit ni d'une entreprise familiale (art. 4 LTr), ni d'un service accessoire d'une entreprise agricole (art. 2 al. 1 lit. d LTr). *Cf.* GEISER, CLTr, n^{os} 37-38 *ad* art. 2 LTr, p. 60 ; MÜLLER, ArG-Kommentar, *ad* art. 2 al. 1 lit. f LTr, p. 30.

[681] La notion de « *ménage privé* » (art. 2 al. 1 lit. g LTr) fait référence à « *la personne [qui] occupe des travailleurs dans son appartement pour ses besoins privés et non pas à des fins commerciales* » (GEISER, CLTr, n° 39 *ad* art. 2 LTr, pp. 60-61). Les travailleurs employés dans un appartement privé à des fins commerciales (une secrétaire médicale engagée par un médecin, dont le cabinet se situe à son domicile, p. ex.) n'entrent pas dans le notion de « *ménage privé* » (art. 2 al. 1 lit. g LTr) et sont donc intégralement soumis à la LTr (GEISER, CLTr, n° 40 *ad* art. 2 LTr, p. 61 ; MÜLLER, ArG-Kommentar, ad art. 2 al. 1 lit. g LTr, p. 30). Dans les ménages privés, seules sont applicables les dispositions relatives à l'âge minimum (*cf.* art. 2 al. 4 LTr). Les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types de travail afin d'assurer la protection des travailleurs occupés dans des ménages privés ; ces contrats-types règlent, en particulier, la durée du travail et du repos et les conditions de travail des travailleuses et des jeunes travailleurs (art. 359 al. 2 CO). *Cf.*, p. ex., Arrêté vaudois établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006, RSV 222.105.1 ; Contrat-type de travail de l'économie domestique genevois du 13 décembre 2011 (CTT-EDom), rs/GE J 1 50.03. En outre, l'Ordonnance sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique du 20 octobre 2010 (CTT économie domestique, RS 221.215.329.4) introduit un salaire minimum pour le personnel de maison employé dans les ménages privés (*cf.* art. 360*a* CO).

également pour les employés qui ne sont pas visés par les exceptions quant aux personnes figurant à l'art. 3 LTr (*infra*, bbb))[682]. Une exception est toutefois faite en faveur des médecins-assistants occupés dans des hôpitaux et cliniques publics (*cf.* art. 4*a* OLT 1 ; *infra*, bbb)).

Les administrations fédérales, cantonales et communales[683] sont, pour leur part, partiellement exemptées de la LTr (art. 2 al. 1 lit. a, art. 3*a* lit. a LTr[684]), de sorte que seuls les art. 6, 35 et 36*a* LTr trouvent application en leurs murs ; l'art. 71 lit. b LTr contient d'ailleurs une réserve en faveur du droit de la fonction publique (*infra*, f)). Lors de l'élaboration de la LTr, le Conseil fédéral a jugé « *préférable, pour des raisons de sécurité juridique, de laisser hors du champ d'application de la loi les administrations et entreprises de la Confédération, des cantons et des communes qui occupent surtout du personnel soumis à un statut de droit public* », précisant que cette décision était « *d'autant plus indiquée que la législation sur le statut du personnel de la Confédération, des cantons et des communes prime déjà partout, du moins en fait, les lois fédérales sur la protection du travail, bien que celles-ci ne prévoient ni exceptions ni réserves en faveur des rapports de travail relevant du droit public* »[685]. Selon ZWAHLEN, étant donné que la législation régissant la fonction publique fédérale, cantonale et communale prime la législation de droit civil sur le contrat de travail (*cf.* art. 362 al. 1 CO ; *supra*, III., B., 1.), il « *était dès lors normal* », qu'en principe, elle « *prime aussi la législation de droit public établie pour les entreprises privées* »[686]. L'exemption formulée à l'art. 2 al. 1 lit. a LTr ne vise cependant que les administrations centrales[687], soit au niveau fédéral, la Chancellerie fédérale et les

---

682 *Cf.* GEISER, CLTr, n° 4 *ad* art. 2 LTr et n° 4 *ad* art. 3 LTr, pp. 48 et 67-68.

683 La notion d'administration publique comprend « *toute entreprise qui sans avoir une personnalité juridique indépendante représente une partie de la collectivité territoriale* ». *Cf.* GEISER, CLTr, n° 11 ad art. 2 LTr, p. 51. *Cf.* aussi SECO, Commentaire LTr, *ad* art. 2 LTr, p. 002-2 : « *On entend principalement par administration le terme classique d'administration centrale, dont les tâches relèvent ou non de la souveraineté de l'Etat. Sont également regroupés sous cette dénomination les services d'administration détachés (établissements publics tels qu'hôpitaux ou banques cantonales, p. ex.), pour autant que leur structure organisationnelle relève du droit public* ».

684 A noter que jusqu'au 30 avril 1994, les administrations publiques bénéficiaient d'une exemption totale. L'art. 3*a* LTr a en effet été introduit avec effet au 1er mai 1994. En outre, à l'origine, cette disposition ne visait que l'administration fédérale (Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035) ; il faudra attendre le 1er janvier 2000 pour que les dispositions protectrices de la santé soient également applicables dans les administrations cantonales et communales. *Cf.* Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569.

685 FF 1960 II 885 (917). *Cf.* aussi BOCN 1962, p. 372 (Intervention Schaller). *Cf.* également MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 10 *ad* art. 71 LTr, p. 694.

686 ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 3 *ad* art. 2 LTr, p. 48.

687 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, p. 170.

Départements fédéraux (*cf.* art. 2 al. 1 LOGA)[688]. Dans l'administration centrale, le statut de la fonction publique peut donc librement déroger aux dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos, et ce, même à l'égard des travailleurs dont les rapports de travail ont été soumis au droit privé.

L'art. 2 al. 2 *ab initio* LTr étend la portée de l'exemption prévue à l'art. 2 al. 1 lit. a LTr en autorisant le Conseil fédéral à désigner « *les établissements publics à assimiler aux administrations de la Confédération, des cantons et des communes* ». Conformément à l'art. 7 al. 1 OLT 1, sont ainsi partiellement soumis à la LTr, les établissements de droit public dépourvus de la personnalité juridique[689] et les corporations de droit public[690], c'est-à-dire des entités de l'administration décentralisée (*cf.* art. 2 al. 3 LOGA), dans la mesure où la majorité des travailleurs qu'ils occupent sont liés par des rapports de travail de droit public (critère de la nature juridique des rapports de travail) ; les travailleurs dont des rapports de travail sont soumis au droit privé, à l'inverse, sont intégralement soumis à la LTr, pour autant que le statut de la fonction publique ne prévoie pas de dispositions plus avantageuses à leur égard (art. 7 al. 2 OLT 1 ; *cf.* aussi art. 71 lit. b LTr). Les établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, en revanche, ne sont pas visés par les

---

688 Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA ; RS 172.010). L'Annexe 1 à l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA ; RS 172.010.1) énonce les différentes unités de l'administration fédérale centrale et décentralisée.

689 Un établissement de droit public (« *öffentlich-rechtliche Anstalten* ») est un « *ensemble de moyens, durablement mis à disposition des utilisateurs* ». Les établissements de droit public se divisent en deux catégories : les établissements de droit public dotés d'une personnalité juridique propre, qui sont indépendants, et les établissements de droit public sans personnalité juridique propre, qui « *utilisent un patrimoine faisant partie de celui de la collectivité dont ils dépendent* », parmi lesquels, notamment, les écoles secondaires. *Cf.* ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, Droit administratif : Partie générale et éléments de procédure, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2011, n° 7, pp. 2-3.

690 Les corporations de droit public sont des « *entités étatiques établies par un acte de droit public, disposant de la personnalité juridique et d'une certaine autonomie, chargées de tâches publiques, et enfin comprenant des membres ou tout le moins des personnes qui leur sont liées par un lien particulier* ». *Cf.* TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2011, n° 141, p. 44. Les corporations de droit public comprennent, notamment, les sociétés anonymes de droit public (*cf.* art. 763 CO), tels la Banque nationale suisse (art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003, LBN, RS 951.11), La Poste Suisse (art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010, LOP, RS 783.1), les CFF (art. 2 al. 1 de la loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998, LCFF, RS 742.31), Swisscom (art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997, LET, RS 784.11) ou encore les Banques cantonales genevoise (art. 1 de la loi sur la Banque cantonale de Genève du 24 juin 1993, LBCGe, rs/GE D 2 05), valaisanne (art. 1 de la loi sur la Banque cantonale du Valais du 1er octobre 1991, LBCVs, RSVs 620.1) et vaudoise (art. 1 de la loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise du 20 juin 1995, LBCV, RSV 951.01), par exemple. La Poste Suisse et les CFF sont toutefois exemptés de toute application de la LTr en vertu de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr.

art. 2 al. 2 LTr et 7 OLT 1 ; ils sont, dès lors, pleinement soumis à la LTr, sous réserve, toutefois, de l'art. 71 lit. b LTr[691]. Selon ZWAHLEN, en effet, les établissements de droit public « *qui, par la nature de leur activité et les moyens mis en œuvre, s'apparentent aux entreprises privées et entrent parfois en concurrence avec elles* », doivent être soumis à la LTr, « *surtout lorsque leur activité présente les mêmes risques et les mêmes dangers que les entreprises industrielles* »[692]. Les organisations et personnes de droit public ou privé, qui sont extérieures à l'administration fédérale et auxquelles la législation fédérale confie des tâches administratives (*cf.* art. 2 al. 4 LOGA), ne sont pas non plus concernées par les art. 2 al. 2 *ab initio* LTr et 7 OLT 1 ; la LTr leur est donc entièrement applicable[693]. L'art. 2 al. 2 *in fine* LTr restreint également la portée de l'exemption inscrite à l'art. 2 al. 1 lit. a LTr, puisqu'il habilite le Conseil fédéral à désigner les entreprises fédérales, cantonales et communales auxquelles la LTr est applicable. Il s'agit des entreprises fédérales, cantonales et communales actives dans : la production, la transformation ou le traitement des biens et de l'énergie, exception faite des entreprises soumises à la législation sur le travail dans les entreprises de transport public au sens de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr (art. 4 lit. a OLT 1) ; le transport des personnes ou des marchandises, sous réserve des entreprises soumises à la législation sur le travail dans les entreprises de transport public selon l'art. 2 al. 1 lit. b LTr (art. 4 lit. b OLT 1) ; l'évacuation, l'incinération et la transformation des ordures, de même que l'approvisionnement en eau et l'épuration des eaux (art. 4 lit. c OLT 1). Si de telles entreprises « *doivent être considérées comme des entreprises privées* », et donc, être soumises à l'application à la LTr, celles-ci peuvent toutefois en être exclues par le biais

691 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 11 *ad* art. 71 LTr, p. 696. Sont des établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, notamment, les écoles polytechniques fédérales de Lausanne et Zurich (art. 5 de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991, LEPF, RS 414.110), la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA/SUVA ; art. 61 al. 1 LAA), l'Institut suisse de droit comparé (art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé du 6 octobre 1978, LISDC, RS 425.1), la FINMA (art. 4 al. 1 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007, LFINMA, RS 956.1), les universités cantonales (art. 1 de la loi vaudoise sur l'Université de Lausanne du 6 juillet 2004, LUL-VD, RSV 414.11 et art. 1 de la loi neuchâteloise sur l'Université du 5 novembre 2002, LU-NE, RSN 416.10), ou encore certains hôpitaux, tels, par exemple, les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG ; art. 1 et 5 de la loi genevoise sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980, LEPM-GE, rs/GE K 2 05) et l'hôpital neuchâtelois (HNE ; art. 1 de la loi neuchâteloise sur l'Etablissement hospitalier multisite cantonal du 30 novembre 2004, LEHM, RSN 802.4).

692 ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 3 *ad* art. 2 LTr, p. 48.

693 GEISER, CLTr, n° 11 *ad* art. 2 LTr, p. 51. Les caisses-maladie, par exemple, sont des personnes de droit public ou privé extérieures à l'administration fédérale auxquelles une tâche publique a été confiée par le législateur (*in casu*, la gestion de l'assurance-maladie sociale ; *cf.* art. 12 al. 1 LAMal).

d'une autre exception que celle consacrée par l'art. 2 al. 1 lit. a LTr ; tel est le cas, par exemple, des entreprises de transports publics (*cf.* art. 2 al. 2 lit. b LTr)[694].

bbb) Les exemptions quant aux personnes

Des exemptions existent également en matière de personnes. L'exemption totale concerne : les ecclésiastiques et autres personnes qui sont au service d'une église, ainsi que les membres des maisons professes, des maisons mères ou d'autres communautés religieuses (art. 3 al. 1 lit. a LTr)[695] ; le personnel domicilié en Suisse de l'administration publique d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale (art. 3 al. 1 lit. b LTr, art. 8 OLT 1)[696] ; les équipages des entreprises suisses de transport aérien (art. 3 al. 1 lit. c LTr)[697] ; les travailleurs à domicile (art. 3 al. 1 lit. f LTr)[698] ; les voyageurs de commerce selon la législation fédérale (art. 3 al. 1 lit. g LTr)[699] ; les travailleurs soumis à l'accord

694 *Cf.* GEISER, CLTr, n° 17 *ad* art. 2 LTr, p. 53.

695 Cette exemption repose sur « *l'idée qu'une loi sur le travail ne doit pas s'immiscer dans les affaires internes des églises et des communautés religieuses* » (*cf.* FF 1960 II 885 (922)). *Cf.* aussi GEISER, CLTr, n^os^ 7-8 *ad* art. 3 LTr, pp. 68-69 ; ZWAHLEN, CLTr 1971, n^os^ 3-6 *ad* art. 3 LTr, p. 62.

696 Au sujet de cette exemption, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, n^os^ 9-14 *ad* art. 3 LTr, pp. 69-72.

697 Conformément à l'art. 63 de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA ; RS 748.0), le Conseil fédéral doit déterminer les droits et obligations du personnel aéronautique, dans les limites des accords internationaux et de la législation fédérale ; les conditions de travail sont quant à elles réglées par contrat. *Cf.* aussi la Convention relative à l'aviation civile internationale, conclue à Chicago le 7 décembre 1944, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1946 et entrée en vigueur pour la Suisse le 4 avril 1947, RS 0.748.0. Sur cette exemption, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, n^os^ 15-18 *ad* art. 3 LTr, pp. 72-74.

698 Etant donné que les travailleurs à domicile effectuent leur travail dans des locaux qu'ils choisissent et aménagent eux-mêmes, selon un horaire qu'ils déterminent librement, la plupart des prescriptions de la LTr ne sont pas susceptibles de trouver application. *Cf.* FF 1960 II 885 (926). *Cf.* aussi ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 21 *ad* art. 3 LTr, pp. 66-67. Pour cette raison, les conditions de travail des travailleurs à domicile font l'objet d'une législation spéciale. Ainsi, la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD ; RS 822.31 ; *infra*, 3.) contient des dispositions relatives, notamment, à la fixation des salaires (art. 4 LTrD), à l'âge minimal d'admission au travail (art. 6 LTrD), à la protection contre le surmenage (art. 7 LTrD), à la protection de la vie et de la santé (art. 8 LTrD) et aux travaux dangereux (art. 9 LTrD). Ces prescriptions sont détaillées dans l'Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982 (OTrD ; RS 822.311). Le contrat de travail à domicile fait également l'objet d'une réglementation de droit privé (*cf.* art. 351-355 CO). Sur la protection des travailleurs à domicile et sur la portée de l'exmption de l'art. 3 lit. f LTr, *cf.* GEISER, CLTr, n^os^ 30-31 *ad* art. 3 LTr, p. 82 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 59-60.

699 Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est régi par les art. 347-350*a* et 355 CO. Dès lors que les voyageurs de commerce exercent une activité en fait très indépendante, et dans des conditions qui leur permettent de sauvegarder eux-mêmes leurs intérêts dans le cadre du droit civil, nul n'est besoin de les soumettre à une législation de droit public. Sur ce point, *cf.* GEISER, CLTr, n° 32 *ad* art. 3 LTr, pp. 82-83 ; ZWAHLEN, CLTr 1971, n^os^ 22-24 *ad* art. 3 LTr, p. 67.

concernant les conditions de travail des bateliers rhénans du 21 mai 1954 (art. 3 al. 1 lit. h LTr)[700]. Les conducteurs professionnels de véhicules automobiles (chauffeurs de camions et de taxis, notamment) entrent, en revanche, dans le champ d'application de la LTr[701]. Afin de tenir compte des spécificités de leur emploi et de garantir la sécurité routière, leur protection est complétée par des mesures spéciales, contenues dans l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1) du 19 juin 1995 et dans l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes du 6 mai 1981 (OTR 2 ; *cf.* art. 71 lit. a LTr ; *infra*, f))[702]. Ces deux ordonnances ont été adoptées sur la base de la loi fédérale sur la circulation routière (*cf.* art. 56 et 103 LCR) ; elles succèdent à l'ordonnance réglant la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 4 décembre 1933 (*supra*, 1.).

Font, pour leur part, l'objet d'une exemption partielle (*cf.* art. 2 al. 1 et 3*a* LTr), les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (art. 3 al. 1 lit. d LTr, art. 9-11 OLT 1)[703], ainsi que les enseignants des écoles privées, de même que les enseignants, assistants sociaux, éducateurs et surveillants occupés dans des établissements (art. 3 al. 1 lit. e LTr, art. 12 OLT 1)[704]. Seules les dispositions sur la protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) s'appliquent à ces catégories de personnes.

---

700 Accord concernant les conditions de travail des bateliers rhénans, conclu à Genève le 21 mai 1954, approuvé par l'Assemblée fédérale le 24 mars 1955 et entré en vigueur pour la Suisse le 1er décembre 1959, RS 0.747.224.022. Cet Accord international réglemente, entre autres, le repos de nuit en cours de navigation (art. 7-8), la durée du travail au port et sur les lieux de chargement et de déchargement des bateaux (art. 9-10), les heures supplémentaires (art. 11-14), les jours fériés (art. 15), le repos hebdomadaire (art. 16-17) et le congé annuel (art. 18-21). Sur l'exemption introduite par l'art. 3 lit. h LTr, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, n° 33 *ad* art. 3 LTr, p. 83.

701 *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 61.

702 Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1) du 19 juin 1995, RS 822.221 ; Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2) du 6 mai 1981, RS 822.222. Sur ce point, *cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 83-87.

703 Selon le Conseil fédéral, compte tenu de leur situation particulière dans l'entreprise, ces catégories de travailleurs n'ont pas besoin d'être protégées par le droit public. *Cf.* FF 1960 II 885 (925). Au sujet de cette exemption, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, nos 19-26 *ad* art. 3 LTr, pp. 74-80 ; ZWAHLEN, CLTr 1971, nos 12-16 *ad* art. 3 LTr, pp. 64-66.

704 Les éducateurs sont soumis à un contrat-type de travail de la Confédération, qui règle les rapports de travail entre les foyers et internats privés qui s'occupent de l'éducation de personnes difficiles ou handicapées (employeurs) d'une part, et les éducateurs qu'ils emploient (travailleurs) d'autre part

Il sied finalement de préciser que ce n'est que depuis le 1er janvier 2005 que la LTr est intégralement applicable aux médecins-assistants (c'est-à-dire, aux médecins qui, après avoir réussi leur examen d'Etat en médecine humaine, dentaire ou vétérinaire, suivent une formation postgrade en vue d'obtenir leur premier titre de médecin spécialiste ou de satisfaire aux critères d'admission d'ouverture de leur propre cabinet ; *cf.* art. 4*a* al. 3 OLT 1)[705]. Avec effet au 1er juillet 2005, un art. 4*a* a été introduit dans l'OLT 1 ; cette disposition déclare la LTr applicable aux hôpitaux et cliniques publics (hôpitaux et cliniques des cantons et des communes qui font partie d'une administration publique ou ont été érigés sous forme d'établissements de droit public sans personnalité juridique ou de corporations de droit public ; *cf.* art. 4*a* al. 2 OLT 1) dans le cadre des rapports de travail qui les lient à des médecins-assistants[706]. Avant cette date, les médecins-assistants n'étaient que partiellement soumis à la LTr (*cf.* art. 3 lit. e et 3*a* lit. c LTr dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004[707]), de sorte que seules les prescriptions relatives à la santé (art. 3*a*, 6, 35, 36*a* LTr) étaient opposables à leur employeur, à l'exclusion, notamment, des dispositions réglementant le temps de travail (ce qui posait problème dès lors qu'il n'était pas rare que le temps de travail d'un médecin-assistant atteigne 100 heures hebdomadaires ou 30 heures d'affilée)[708]. La modification du 22 mars 2002 a aussi conduit à un amendement de l'art. 71 lit. b LTr, afin de restreindre la portée de la réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public (*infra*, f))[709].

(art. 1 al. 2) ; ce contrat-type contient des prescriptions relatives à la durée du travail et du repos, au temps d'essai et à la résiliation, ou encore aux congés et vacances. *Cf.* Ordonnance établissant un contrat-type de travail pour les éducateurs employés dans des foyers et internats du 16 janvier 1985, RS 221.215.324.1. Sur l'exemption découlant de l'art. 3 lit. e LTr, *cf.*, p. ex., GEISER, CLTr, nos 27-29 *ad* art. 3 LTr, pp. 80-81.

705 Modification de la LTr du 22 mars 2002, RO 2002 2547. *Cf.* aussi Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire « *Des conditions de travail humaines pour les médecins assistants* » du 5 avril 2001, FF 2001 3021. *Cf.* également DAMI FABRICE THIERRY, Application de la loi fédérale sur le travail (LTr) aux médecins assistants des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) : un exemple révélateur du profond changement du profil des médecins en Suisse, Université de Genève, Genève 2009.

706 Modification de l'OLT 1 du 7 avril 2004, RO 2004 2411.

707 Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035 ; Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RO 1966 57.

708 FF 2001 3021 (3022-3023).

709 Sur ce point, *cf.* aussi GEISER, CLTr, nos 34-35 *ad* art. 3 LTr, pp. 83-84.

b) La protection de la santé

L'art. 6 LTr consacre le devoir général de l'employeur de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la protection de la santé de ses travailleurs[710]. Les art. 35 et 36*a* contiennent également des prescriptions spécifiques dans le domaine de la protection de la santé. Comme nous l'avons vu, conformément à l'art. 3*a* LTr, les dispositions protectrices de la santé sont tout de même applicables aux entreprises et personnes partiellement exemptées de l'application de la LTr (*supra*, a)).

Une obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité et la santé des travailleurs se déduit également de l'art. 328 CO. Si l'obligation découlant de cette disposition est similaire à celle résultant de l'art. 6 LTr, les voies de droit sont toutefois différentes, selon que le travailleur allègue une violation de l'art. 328 CO ou de l'art. 6 LTr[711]. Pour les travailleurs, la réglementation de droit public présente l'avantage d'être mise en œuvre d'office, de sorte qu'ils n'ont pas besoin d'ouvrir action contre leur employeur en cas de violation de la loi[712]. En outre, l'art. 342 al. 2 CO permet à la partie lésée d'agir également par la voie de l'action civile en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation consacrée par l'art. 6 LEg.

La LAA, dont le champ d'application est plus large que celui de la LTr (l'assurance-accidents est obligatoire pour tout salarié occupé en Suisse ; *cf.* art. 1*a* al. 1 LAA), tend également à protéger la santé des travailleurs puisqu'elle oblige l'employeur à prévenir les accidents et les maladies professionnels (*cf.* art. 81 ss LAA). Les dispositions de la législation sur l'assurance-accidents en la matière font d'ailleurs l'objet d'une réserve (*cf.* art. 71 lit. a LTr ; *infra*, f)).

c) La durée du travail et du repos

La LTr arrête la durée maximale de la semaine de travail à 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés (y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail) et à 50 heures pour tous les autres travailleurs (art. 9

---

710 Sur la protection de la santé découlant de la LTr, *cf.* REINACHER, CLTr 1971, *ad* art. 6-7 LTr, pp. 82-110 ; REINACHER RUDOLF, Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung, in : Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz – 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Staempfli, Berne 1996, pp. 97-114 ; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, CLTr, *ad* art. 6 LTr, pp. 111-130 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 40-58.

711 Sur ce point, *cf.* SCHEIDEGGER/PITTELOUD, CLTr, n^{os} 32-34 *ad* art. 6 LTr, pp. 126-127.

712 *Cf.* Motion Reinmann « *Protection de la personnalité du salarié* » (Mo. 84.598), BOCN 1985, pp. 724-725. *Cf.* aussi ATF 130 II 425, c. 3.2.

al. 1 LTr)[713]. Des dispositions réglementent également, notamment, le temps de pause et de repos quotidien (art. 15-15*a* LTr), les jours fériés et les congés hebdomadaires (art. 20-22 LTr). Le travail de nuit et du dimanche est soumis à un régime d'exceptions (art. 16-19 LTr) ; le travail continu, pour sa part, est subordonné à la délivrance d'une autorisation (art. 23-24 LTr).

d) Les prescriptions spécifiques au travail de certaines catégories de travailleurs

La LTr institue une protection spéciale en faveur de certaines catégories de travailleurs. Celle-ci s'adresse aux jeunes travailleurs (travailleurs âgés de moins de 18 ans ; *cf.* art. 29-34 LTr), aux travailleuses en situation de maternité (art. 35-35*b* LTr) et aux travailleurs ayant des responsabilités familiales (art. 36 LTr)[714]. L'art. 36*a* LTr précise que l'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation d'autres catégories de travailleurs à des travaux pénibles ou dangereux, ou la faire dépendre de conditions particulières.

Si sous l'empire de la loi sur les fabriques, l'âge d'admission au travail était fixé à 14 ans (art. 16 al. 1 LFab 1877), la LTr a porté celui-ci à 15 ans (art. 30 LTr). La catégorie des « *jeunes travailleurs* » comprend, en particulier, les apprentis. Ceux-ci bénéficient, en sus, d'une protection découlant de la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 ; cette loi protège la formation, soit l'« *élément essentiel de l'apprentissage* »[715]. De plus, le droit privé réglemente spécifiquement le contrat d'apprentissage (*cf.* art. 344-346*a* et 355 CO).

e) Le règlement d'entreprise

La LTr impose l'élaboration d'un règlement d'entreprise (art. 37-39 LTr)[716]. Cette obligation concerne majoritairement les entreprises industrielles (*cf.* art. 37 LTr).

---

713 Concernant la durée du travail et du repos (art. 9-28 LTr), *cf.* BACHMANN/DUNAND/MÜLLER/PETROVIC/PORTMANN/SOLTERMANN/STÖCKLI/SUBILIA/VON KAENEL/WYLER, CLTr, *ad* art. 9-28 LTr, pp. 150-392 ; HOLZER/WEGMANN, CLTr 1971, *ad* art. 9-28 LTr, pp. 120-239 ; *Cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 59-87.

714 Sur la protection spéciale accordée à certaines catégories de travailleurs (art. 29-36*a* LTr), *cf.* MÜLLER, CLTr 1971, *ad* art. 29-36 LTr, pp. 240-281 ; SCHWARZ-GAGG MARGARITA, Der Sonderschutz für jugendliche und weibliche Arbeitnehmer, in : Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz – 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Staempfli, Berne 1996, pp. 171-194 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 88-100.

715 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 124.

716 Au sujet du règlement d'entreprise (art. 37-39 LTr), *cf.* HUG, CLTr 1971, *ad* art. 37-39 LTr, pp. 282-316 ; TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 101-109.

Le règlement d'entreprise doit contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents et, en tant qu'il est nécessaire, sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l'entreprise ; peuvent également y figurer, des dispositions concernant les rapports entre l'employeur et les travailleurs, pour autant que de telles dispositions ne portent pas sur des questions usuellement réglées dans la branche par convention collective ou autre accord collectif (*cf.* art. 38 LTr). Les normes contenues dans le règlement d'entreprise « *se situent après la loi et les conventions collectives* »[717]. Le règlement d'entreprise ne peut donc « *rien prévoir de contraire aux dispositions impératives de la loi* » ; il peut, en revanche, déroger aux dispositions légales relativement impératives en faveur des travailleurs[718]. Si le règlement d'entreprise produit des effets de droit privé entre les parties, il doit cependant être soumis à l'autorité cantonale pour approbation ; il s'agit de « *droit civil impératif* » puisqu'il lie l'employeur et les travailleurs dès qu'il a été rendu public dans l'entreprise (*cf.* art. 39 LTr)[719].

Le règlement d'entreprise a succédé au règlement de fabrique (objet successif des art. 7-8 LFab 1877 et 14-19 LFab 1914/1919) ; il s'est également substitué au règlement du travail, institution régie par le droit privé entre le 1er janvier 1912 et le 31 décembre 1971 (*cf.* art. 321 aCO : « *Les règles uniformes de travail et d'ordre intérieur, établies par l'employeur dans une entreprise industrielle ou commerciale, n'obligent l'employé que si elles ont été rédigées par écrit et lui ont été communiquées avant son engagement* »). Depuis la révision du Code des obligations du 25 juin 1971, le règlement d'entreprise est désormais exclusivement régi par le droit public (*cf.* art. 37-39 LTr).

f) La réserve en faveur du droit public

L'art. 71 LTr régit « *la cohabitation entre la LTr et d'autres dispositions de droit public qui demeurent applicables, quand bien même elles sont susceptibles de concerner des domaines déjà réglés par la LTr* »[720]. La réserve, qui permet d'échapper aux règles traditionnelles de conflit de lois (*lex specialis derogat legi generali* ou *lex posterior derogat legi priori*), concerne exclusivement le droit public[721]. Il s'agit d'une nouveauté, étant donné que la législation fédérale sur les fabriques (LFab 1877 et LFab 1914/1919) ne contenait pas pareille prescription[722].

---

717 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 108 : « *Le règlement d'entreprise occupe l'une des dernières places dans la hiérarchie des sources de droit régissant les rapports de travail* ».

718 TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 108.

719 *Cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, p. 108.

720 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 3 *ad* art. 71 LTr, p. 691.

721 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 3 *ad* art. 71 LTr, p. 691.

722 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 1 *ad* art. 71 LTr, p. 690.

En premier lieu, conformément à l'art. 71 lit. a LTr, demeure réservée, la législation fédérale sur la formation professionnelle (LFPr)[723], sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (*cf.*, notamment, art. 81-87 LAA, OPA[724]) et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1 et OTR 2[725])[726]. Si le but premier de la législation fédérale réservée ne réside pas dans la protection des travailleurs, elle renferme tout de même certaines prescriptions concernant la santé et le temps de travail et de repos ; ces prescriptions coexistent avec celles figurant dans la LTr et, en cas d'incompatibilité, les premières priment les secondes[727].

Ensuite, les prescriptions de police fédérales, cantonales et communales (notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises de vente au détail, des restaurants et cafés et des entreprises de spectacle) font également partie du droit public réservé (*cf.* art. 71 lit. c LTr)[728]. Si de « *telles règles peuvent évidemment avoir pour effet de protéger les travailleurs* », elles doivent cependant, avant tout, « *procéder du désir de protéger le public en général* », de sorte que « *la protection qui en résulte pour les travailleurs n'en doit être qu'une conséquence secondaire* »[729].

Finalement, l'art. 71 lit. b LTr contient une réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public[730]. Par ce biais-là, le

---

723 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr), RS 412.10.

724 Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983 (OPA), RS 832.30.

725 Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles du 19 juin 1995 (Ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1), RS 822.221 ; Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes du 6 mai 1981 (OTR 2), RS 822.222.

726 Sur la réserve énoncée par l'art. 71 lit. a LTr, *cf.*, p. ex., MAHON/BENOÎT, CLTr, n^os^ 6-9 *ad* art. 71 LTr, pp. 692-694.

727 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 6 *ad* art. 71 LTr, pp. 692-693.

728 Sur la réserve introduite par l'art. 71 lit. c LTr, *cf.*, p. ex., AUBERT, CLTr 1971, n^os^ 23-25 *ad* art. 71-74 LTr, p. 453 ; MAHON/BENOÎT, CLTr, n^os^ 16-22 *ad* art. 71 LTr, pp. 700-704.

729 AUBERT, CLTr 1971, n° 23 *ad* art. 71-74 LTr, p. 453.

730 Le projet de loi fédérale sur le travail du Conseil fédéral de 1960 ne contenait pas de réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public (*cf.* art. 66 : « *Sont en particulier réservées : a. La législation fédérale sur la formation professionnelle, sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles et sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles ; b. Les prescriptions de police fédérales, cantonales et communales, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture des entreprises de vente au détail, des restaurants et cafés et des entreprises de spectacle* ». La réserve en faveur des prescriptions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public a été décidée par le Conseil national, lors de sa séance du 19 juin 1962 (BOCN 1962, pp. 371-373).

législateur a entériné le principe de la primauté du droit de la fonction publique sur le droit public de protection des travailleurs ; ainsi, dans la mesure où elles emploient du personnel sur la base de rapports de travail de droit public, les entreprises publiques sont régies, en premier lieu, par le statut de droit public, même si elles entrent dans le champ d'application personnel de la LTr[731]. A l'origine, il s'agissait d'une réserve absolue, de sorte que le statut des fonctionnaires était susceptible de déroger en faveur du travailleur, comme en sa défaveur[732] (*cf.* art. 71 lit. b LTr dans sa teneur au moment de son entrée en vigueur : « *Sont en particulier réservées : Les prescriptions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public* »[733]). A cette époque, les administrations fédérale, cantonales et communales étaient en effet exemptées de toute application de la LTr[734]. La *ratio legis* de l'exemption résidait dans la « *volonté du législateur fédéral de laisser aux collectivités publiques – administrations fédérales, cantonales et communales – le soin de régler elles-mêmes les conditions de travail de leur personnel* »[735]. En insérant une réserve en faveur des dispositions sur les rapports de service de droit public, le législateur était cependant « *parti du principe que les conditions de travail dans la fonction publique étaient plus avantageuses et offraient une protection allant au-delà des minima imposés par la LTr, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'imposer l'application de la LTr dans le cadre de rapports de travail de droit public* »[736]. Depuis lors, les choses ont changé et « *ce*

731 *Cf.* MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 10 *ad* art. 71 LTr, p. 694.

732 *Cf.* ZWAHLEN, CLTr 1971, n° 19 *ad* art. 2 LTr, p. 54 : *« […], on doit considérer la réserve […] comme absolue, en ce sens que le statut des fonctionnaires applicable au personnel d'une entreprise publique prime la loi sur le travail même s'il est moins favorable au travailleur, ce qui pourrait notamment se produire pour la durée du travail et du repos. Autrement dit, la loi sur le travail n'est applicable que sur les points qui ne sont pas réglés du tout par le statut des fonctionnaires dont relève le personnel d'une entreprise publique* ». Lors de l'élaboration de la LTr, il avait été proposé de limiter la réserve aux prescriptions sur les rapports de service de droit public garantissant aux travailleurs une protection au moins équivalente à celle résultant de la LTr. *Cf.* Proposition Arnold-Zurich, BOCN 1962, pp. 371-373. *Cf.* aussi MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 10 ad art. 71 LTr, pp. 694-695 et nbp 26.

733 RO 1966 57.

734 Il faudra attendre l'introduction de l'art. 3*a* LTr, avec effet au 1er mai 1994, pour que l'administration fédérale passe d'un régime d'exemption totale, à un régime d'exemption partielle (Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035) ; dans les administrations cantonales et communales, cette transition s'est opérée plus tardivement encore, le 1er janvier 2000 (Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569).

735 Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506 (644).

736 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, pp. 170-171. *Cf.* aussi MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 10 *ad* art. 71 LTr, pp. 694-695.

principe est aujourd'hui dépassé »[737]. Il arrive en effet, actuellement, « *que certains travailleurs liés par des rapports de travail de droit public aient des horaires contraignants, et ne bénéficient pas d'une protection équivalente à celle de la LTr* »[738]. Pour tenir compte de cette réalité, la portée de la réserve a donc été réduite, à deux reprises, et les administrations publiques ont passé d'un régime d'exemption totale, à un régime d'exemption partielle (dès le 1er mai 1994 pour l'administration fédérale, respectivement le 1er janvier 2000 pour les administrations cantonales et communales)[739]. Avec effet au 1er janvier 2000, il a été décrété que le droit de la fonction publique ne pourrait désormais plus déroger aux prescriptions de la LTr relatives à la protection de la santé, qu'en faveur des travailleurs (*cf.* art. 71 lit. b LTr : « *Sont en particulier réservées : Les dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public ; toutefois, les prescriptions en matière de protection de la santé ne peuvent faire l'objet de dérogations qu'en faveur des travailleurs* ») ; à cette occasion, il a donc été nécessaire de modifier également l'art. 3*a* LTr, afin de prévoir l'applicabilité des dispositions relatives à la protection de la santé dans toutes les administrations publiques, aussi bien fédérales, que cantonales et communales[740]. Dans un second temps, afin de donner suite à une initiative parlementaire visant à garantir « *Des conditions de travail humaines pour les médecins assistants* », l'art. 71 lit. b LTr a été complété avec effet au 1er janvier 2005 ; désormais, dans les rapports de travail de droit public, il n'est plus non plus possible de déroger, en défaveur des travailleurs, aux prescriptions de la LTr relatives au temps de travail et de repos (*cf.* art. 71 lit. b LTr : « *Sont en particulier réservées : Les dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public ; toutefois, les prescriptions en matière de protection de la santé, de temps de travail et de repos ne peuvent faire l'objet de dérogations qu'en faveur des travailleurs* »)[741]. Il semble donc,

---

737 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, pp. 170-171.

738 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, pp. 170-171.

739 Si jusqu'au 30 avril 1994, les administrations publiques bénéficiaient d'une exemption totale, la situation a changé avec l'adoption de l'art. 3*a* LTr, entré en vigueur le 1er mai 1994 (Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035). A l'origine, cette disposition ne visait toutefois que l'administration fédérale ; il faudra attendre le 1er janvier 2000 pour que le champ d'application de l'exemption partielle soit élargi aux administrations cantonales et communales (Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569).

740 Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569. *Cf.* également Message concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 2 février 1994, FF 1994 II 157 (177 et 190).

741 Modification de la LTr du 22 mars 2002, RO 2002 2547. Sur cette modification, *cf.* Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative

qu'actuellement, la volonté du législateur soit de conférer aux travailleurs des secteurs privé et public une base de droit public commune de protection. La réserve en faveur des dispositions sur les rapports de travail de droit public ne concerne, cependant, que les entreprises qui entrent dans le champ d'application de la LTr[742] : si l'entreprise publique est totalement soumise à la LTr, la réserve de l'art. 71 lit. b LTr lui est applicable dans son intégralité[743] ; si l'entité n'est que partiellement soumise à la LTr (art. 3*a* LTr), en revanche, la réserve ne s'étend qu'aux prescriptions qui concernent la protection de la santé (de sorte que le statut de la fonction publique peut librement déroger aux dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos)[744]. Dans les entreprises publiques qui échappent à toute application de la LTr (la Poste Suisse et les CFF, en vertu de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr, p. ex.), la réserve ne joue aucun rôle ; les conditions de travail sont en effet exclusivement régies par le droit public applicable (la LDT, p. ex.), sans nul besoin de respecter les minima fixés par la LTr.

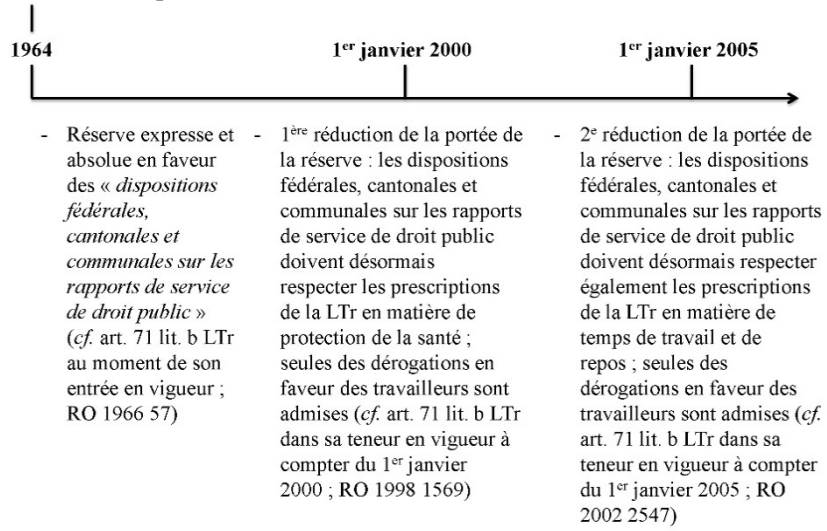
parlementaire « *Des conditions de travail humaines pour les médecins assistants* » du 5 avril 2001, FF 2001 3021 ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire « *Des conditions de travail humaines pour les médecins assistants* » du 11 avril 2001 et avis du Conseil fédéral du 30 mai 2001, FF 2001 5801.

742 *Cf.* GEISER, CLTr, n° 9 *ad* art. 2 LTr, p. 50 ; MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 11 *ad* art. 71 LTr, pp. 695-696.

743 Sont visés, notamment, les établissements de droit public dotés de la personnalité juridique (les écoles polytechniques fédérales de Lausanne et Zurich, la CNA/SUVA ou encore les universités cantonales, p. ex.), ainsi que les entreprises mentionnées à l'art. 4 OLT 1.

744 Il en va ainsi, notamment, dans les administrations fédérale, cantonales et communales (*cf.* art. 2 al. 1 lit. a et art. 3*a* LTr). Dans l'administration centrale, le statut de la fonction publique peut librement déroger aux dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos, et ce, même à l'égard des travailleurs dont les rapports de travail ont été soumis au droit privé.

Schéma 13 : La portée de la réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de travail de droit public (art. 71 lit. b LTr)



g) L'exécution de la loi

La LTr est mise en œuvre par les cantons, qui désignent les autorités chargées de l'exécution[745], ainsi qu'une autorité de recours (art. 41 LTr, art. 79 OLT 1) ; les cantons sont également compétents, notamment, pour approuver les plans, délivrer les autorisations d'exploiter et de travailler de manière temporaire la nuit ou le dimanche, accorder ou retirer les permis nécessaires et pour appliquer les dispositions pénales de la loi (*cf.* art. 7, 17 al. 5, 19 al. 4, 49, 51 et 62 LTr). La Confédération, par l'intermédiaire du SECO, exerce la haute surveillance et est habilitée à donner des instructions aux autorités cantonales d'exécution (art. 42 LTr, art. 75 OLT 1). Le SECO est en particulier compétent pour accorder certaines autorisations en matière de prolongation de la durée maximum de la semaine de travail et de travail de nuit ou du dimanche régulier ou périodique (*cf.* art. 9 al. 4, 17 al. 5 et 19 al. 4 LTr).

3. La législation fédérale spéciale de protection des travailleurs

Si la LTr a été conçue afin de garantir une protection universelle, certaines relations de travail échappent malgré tout à son application. Les travailleurs concernés bénéficient alors généralement d'une protection spéciale de droit public. Celle-ci résulte de la loi

[745] Concernant l'exécution de la LTr, *cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 110-122.

fédérale sur la protection du travail dans les entreprises de transport du 8 octobre 1971 (LDT ; *infra*, a)), de la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD ; *infra*, b))[746], ou de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 ; *supra*, 1., f)).

a) La loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971

Dès la fin du XIX^e^ siècle, les conditions de travail dans les entreprises de transports publics ont fait l'objet d'une législation fédérale spéciale (*supra*, A., 2., d)).

La loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), qui a succédé à la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT ; *cf.* art. 28-29 LDT ; *supra*, A., 2., d))[747], constitue une *lex specialis* par rapport à la LTr. Elle s'adresse aux travailleurs employés par des entreprises de transports publics, c'est-à-dire à une catégorie de travailleurs exclus de toute application de la LTr (art. 2 al. 1 lit. b LTr), et contient des dispositions similaires à celles énoncées par la LTr en matière de temps de travail et de repos et de protection de la santé sur le lieu de travail.

La loi comprend 8 parties : champ d'application (art. 1-2 LDT), durée du travail et du repos (art. 3-13 LDT), vacances (art. 14 LDT), hygiène et prévention des accidents (art. 15 LDT), protection spéciale (art. 16-17 LDT), exécution de la loi (art. 18-23 LDT), dispositions pénales (art. 24-25 LDT), dispositions finales et transitoires (art. 26-29 LDT).

La LDT régit les conditions de travail des travailleurs occupés par la Poste Suisse, les entreprises de chemins de fer (CFF, p. ex.) et de trolleybus (TL, p. ex.) concessionnaires[748], les entreprises d'automobiles concessionnaires[749], les entreprises de navigation

---

[746] Avec effet au 1^er^ avril 1983, la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 a été remplacée par la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LtrD ; RS 822.31).

[747] Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), RS 822.21 (RO 1972 612). *Cf.* aussi Ordonnance sur le travail dans les entreprises de transports publics du 26 janvier 1972 (OLDT), RS 822.211.

[748] Sont considérées comme entreprises de chemins de fer concessionnaires celles qui, en vertu d'une concession fédérale délivrée selon les articles 5 de la loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (LCdF ; RS 742.101) ou 6 à 8 de la loi fédérale sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009 (LTV ; RS 745.1), exploitent des chemins de fer à voie normale, à voie étroite, à crémaillère, des tramways ou des funiculaires ; les entreprises de chemins de fer dont les véhicules ont accès au réseau ou qui empruntent l'infrastructure d'une entreprise concessionnaire sur une base contractuelle sont assimilées aux entreprises concessionnaires (art. 1 al. 1^*bis*^ LDT et 1 al. 1 OLDT).

[749] Sont des entreprises d'automobiles concessionnaires celles qui, en vertu d'une concession pour transport de voyageurs, exécutent des courses avec des véhicules routiers (art. 1 al. 2 OLDT).

concessionnaires (CGN, p. ex.), les entreprises de téléphériques concessionnaires[750] et les entreprises qui sont chargées par l'une ou l'autre des entreprises susmentionnées d'effectuer régulièrement des courses à titre professionnel (art. 1 et 2 LDT). Lorsque certaines parties seulement d'une entreprise au sens de l'art. 1 al. 1 LDT servent aux transports publics, seules celles-ci sont soumises à la LDT ; la LTr s'applique aux parties de l'entreprise qui « *ne servent pas directement aux transports publics* », notamment aux magasins dans les gares, les trains ou encore les postes, à tout le moins lorsque ces dernières ne sont pas soumises à la LDT en tant que services accessoires, comme il en va, par exemple, des entreprises de wagons-lits, des entreprises de wagons-restaurants et des services de buffet ambulant dans les trains (art. 1 al. 2 et 4 LDT, art. 2 OLDT)[751]. La LDT ne s'applique, en revanche, ni aux entreprises de transport aérien, ni à celles actives dans le domaine des vols de ligne, pas plus qu'aux entreprises actives dans le transport de liquides ou de gaz (pétrole, eau, gaz naturel, *etc.*) par conduites (oléoduc, aqueduc, gazoduc, notamment) ; celles-ci sont soumises à la LTr, sous réserve toutefois des exemptions introduites par les art. 2-4 LTr[752].

La loi fixe la durée quotidienne du travail à 7 heures au plus en moyenne annuelle (art. 4 LDT), consacre le droit à des pauses et à des périodes de repos (art. 7-8 et 10 LDT)[753], limite le travail de nuit (soit, le travail accompli entre minuit et 4 heures du matin ; *cf.* art. 9 LDT)[754] et réglemente le travail supplémentaire en prescrivant, notamment, que celui-ci doit être compensé par un congé de même durée (art. 5 LDT). La loi accorde également aux travailleurs le droit de bénéficier de quatre semaines au moins de vacances payées par année civile (*cf.* art. 14 LDT)[755] et réserve une protection spéciale aux jeunes travailleurs

---

750 Sont réputées entreprises de téléphériques concessionnaires celles qui exploitent une telle installation en vertu d'une concession fédérale ; sont des téléphériques les installations à mouvement de va-et-vient ou à mouvement continu, les télésièges, y compris ceux qui sont exploités en hiver comme téléskis, les funiluges, les ascenseurs et les installations de transport analogues (art. 1 al. 3 OLDT).

751 GEISER, CLTr, n° 20 *ad* art. 2 LTr, pp. 54-55.

752 ATF 93 I 581, c. 1. *Cf.* aussi GEISER, CLTr, n° 21 *ad* art. 2 LTr, p. 55.

753 A teneur de l'art. 10 al. 1 LDT, le travailleur a droit à 62 jours de repos payés par année civile ; ceux-ci doivent être répartis judicieusement sur l'ensemble de l'année et 20 d'entre eux, au moins, doivent coïncider avec un dimanche.

754 L'art. 4*bis* LDT prévoit que le travail fourni entre 22 heures et 6 heures donne droit, en principe, à une bonification en temps.

755 L'art. 14 al. 1 LDT prévoit que l'ordonnance fixe l'âge à partir duquel le travailleur a droit à cinq ou six semaines de vacances payées (*cf.* art. 21 al. 2 OLDT). La loi prévoit également que l'ordonnance règle l'imputation sur les vacances et les jours de repos des absences pour cause de maladie, d'accident, de service militaire, de service civil ou de service dans la protection civile, de congé ou pour d'autres motifs (*cf.* art. 10 al. 5 et 14 al. 4 LDT, art. 14 al. 6-7 et art. 23 OLDT).

et aux femmes en situation de maternité (pour l'essentiel, les art. 16-17 LDT prévoient l'application des dispositions de la LTr en la matière ; *cf.* art. 29-35*b* LTr).

b) La loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981

Au même titre que les travailleurs occupés dans des entreprises de transports publics, les travailleurs à domicile échappent à toute application de la LTr et leurs conditions de travail font l'objet d'une législation fédérale spéciale : la loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), qui est entrée en vigueur le 1er avril 1983 et qui a remplacé la loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (*supra*, 1., e))[756].

La LTrD s'applique aux employeurs, qu'ils soient des personnes de droit public ou privé[757], qui font exécuter du travail à domicile, ainsi qu'aux travailleurs à domicile qu'ils occupent (art. 1 al. 1 LTrD). Les travaux à domicile visés sont « *les travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine qu'un travailleur exécute, seul ou à l'aide de membres de sa famille, dans son propre logement ou dans un autre local de son choix, et contre versement d'un salaire* » (art. 1 al. 4 LTrD)[758].

La loi oblige l'employeur à communiquer par écrit et de manière complète, les conditions de travail au travailleur à domicile lorsqu'il lui donne de l'ouvrage pour la première fois (art. 3 LTrD). Elle contient des prescriptions relatives, notamment, à la fixation des salaires et au remboursement des frais (art. 4-5 LTrD), à l'âge minimal d'admission au travail (art. 6 LTrD), à la protection contre le surmenage (art. 7 LTrD), à la protection de la vie et de la santé (art. 8 LTrD), aux travaux dangereux (art. 9 LTrD). Ces prescriptions sont détaillées dans l'Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982 (OTrD)[759].

Contrairement à la LTr, la LTrD ne contient pas de réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public (*cf.* art. 22 LTrD : « *Sont notamment réservées : a. la législation fédérale concernant la prévention des accidents et des maladies professionnelles, la protection de l'environnement, la protection contre les radiations, le commerce des toxiques, les substances présentant un danger d'explosion, les denrées alimentaires et divers objets usuels ainsi que les*

---

[756] Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), RS 822.31. *Cf.* art. 21 LTrD. *Cf.* aussi RO 1983 108. Au sujet de cette loi, *cf.* TSCHUDI, La protection des travailleurs, pp. 134-143.

[757] L'art. 1 al. 1 OTrD précise que sont des employeurs de droit public, notamment, les administrations publiques de la Confédération, des cantons et des communes, ainsi que les collectivités de droit public.

[758] Conformément à l'art. 1 al. 2 OTrD, la notion de « *travaux artisanaux ou industriels accomplis à la main ou à la machine* » se réfère aux « *opérations servant à produire transformer, traiter, emballer, remplir ou trier des biens* ».

[759] Ordonnance concernant le travail à domicile du 20 décembre 1982 (OTrD), RS 822.311.

assurances sociales ; b. les prescriptions de police cantonales et communales »). La loi s'applique donc indistinctement dans les secteurs privé et public.

V. Les origines et l'évolution du droit collectif

Le droit collectif, qui, avec le droit du contrat de travail et la législation protectrice des travailleurs, forme le droit du travail au sens étroit, comprend, notamment[760] : le droit syndical (ou « *droit des coalitions* »), qui englobe les normes relatives aux groupements professionnels[761] ; le droit des conventions collectives de travail ; le droit des conflits collectifs[762].

Les communautés professionnelles, qui ont commencé à se développer, sous la forme d'institutions organisées, dès le XIII^e^ siècle[763], ont joué un rôle non négligeable dans l'histoire du droit du travail. Les corporations (« *Zünfte* ») et confréries (« *Brüderschaften* », « *Bruderschaften* ») ont en effet garanti une certaine assistance à leurs membres, qui permet de les considérer comme les « *précurseurs des mutuelles* »[764]. A l'origine, la corporation désignait une « *association d'artisans, groupés en vue de réglementer leur profession et de défendre leurs intérêts* »[765]. Il s'agissait d'une association

760 MAHON, La réglementation du travail, p. 21.

761 Concernant le droit des coalitions, *cf.* MAHON, La réglementation du travail, pp. 57-60.

762 Sur le droit des conflits collectifs de travail, *cf.* MAHON, La réglementation du travail, pp. 69-78.

763 En France, les corporations et confréries ont assumé des fonctions d'assistance jusqu'à la Révolution française. La loi française Le Chapelier, promulguée les 14 et 17 juin 1791, ayant interdit les corporations et autres associations ouvrières, il faudra attendre la seconde moitié du XIX^e^ siècle pour que les associations professionnelles soient à nouveau autorisées en France. Les lois françaises Ollivier du 25 mai 1864 et Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 ont en effet aboli la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 et mis fin à l'interdiction des corporations, des rassemblements ouvriers et du compagnonnage en abolissant le délit de coalition et en autorisant les syndicats. L'interdiction des corporations a également déployé ses effets en Suisse pendant la période de domination française (1798-1815) ; si la loi Le Chapelier était appliquée à Genève, d'autres cantons disposaient, au début du XIX^e^ siècle, de règlements interdisant formellement les associations ouvrières. Sur ce point, *cf.* BABEL, pp. 42-46 ; GNAEGI, p. 22 ; MARTIN SAINT-LÉON, pp. 71 et 555.

764 GNAEGI, p. 23. *Cf.* aussi HÜNERWADEL HANS, Die Krankenversicherung, nach dem Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, vom 13. Juni 1911, ihre Entstehung und ihre Auswirkung, Fragen der Sozialversicherung Heft 6, Verlag Hans Huber, Berne 1938, p. 7 : « *[…] entwickelten sich im Mittelalter in den Städten die Zünfte, die neben der Förderung ihrer Berufsinteressen und der Hebung ihres Standes ihr Augenmerk auch auf die Krankenfürsorge ihrer Gesellen und Arbeiter richteten* ».

765 Le Nouveau Petit Robert de la langue française (édition 2009), *ad* « *corporation* ». Concernant les communautés professionnelles et les corporations, *cf.* FRÖHLICH, pp. 15-30 et 38-114 ; KLUGE ARND, Die Zünfte, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2007 ; MARTIN SAINT-LÉON ETIENNE, Histoire des

obligatoire dont toutes les personnes qui exerçaient une activité déterminée faisaient partie[766]. Chaque corporation détenait le monopole sur l'exercice de la profession qu'elle régissait ; l'acceptation dans une corporation en tant qu'apprenti, valet ou maître était érigée en une condition *sine qua non* de la délivrance de l'autorisation d'exercer un métier[767]. Si l'action des corporations était davantage orientée sur la réglementation et la défense des intérêts d'une profession (réglementation du travail, de la production et de la commercialisation)[768] que sur la protection des travailleurs[769], les confréries de métiers (soit, des associations pieuses de laïcs constituées dans une Eglise et placées sous le patronage d'un saint[770]) pouvaient être considérées comme des caisses de secours mutuels : elles percevaient des contributions auprès de leurs membres, qu'elles reversaient ensuite,

corporations de métiers – Depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791, 4e éd., Presses Universitaires de France, Paris 1941.

766 FRÖHLICH, p. 15. *Cf.* aussi BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n° 10, p. 163 : « *Sous l'Ancien Régime, les métiers étaient organisés sous forme de corporations, qui constituaient un corps intermédiaire entre l'individu et l'Etat. Il fallait être membre d'une corporation pour travailler (régime de monopole) et respecter les règles qu'elle édictait (pouvoir réglementaire de la corporation)* ».

767 BOILEAU, pp. XCVI et CXIII. Concernant l'organisation hiérarchique des corporations, *cf.* MARTIN SAINT-LÉON, pp. 78-107.

768 Chaque profession faisait l'objet d'une réglementation particulière étant donné que les corporations édictaient chacune des règlements particuliers. Au sujet des réglementations édictées par les associations professionnelles, *cf.* BOILEAU ETIENNE, Le Livre des métiers : XIIIe siècle, publié par René de Lespinasse et François Bonnardot, Imprimerie nationale, Paris 1879 ; MARTIN SAINT-LÉON ETIENNE, Histoire des corporations de métiers – Depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791, 4e éd., Presses Universitaires de France, Paris 1941. *Cf.* aussi, spécialement au sujet des règles édictées concernant le travail des femmes, JEANNERET MONIQUE, Le travail des femmes à Genève au milieu du XVIIIe siècle, Mémoire de licence (Histoire économique), Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève, Genève 1965, pp. 13-20.

769 TSCHUDI, Geschichte, p. 2 : « *Die Zunftordnungen […] hatten primär den Schutz des Berufsstandes, weniger der Arbeitnehmer, zum Ziel* ».

770 Les confréries se sont formées en France au XIIIe siècle et, dans le pays de Vaud, au XIVe siècle. Sur ce point, *cf.* Le Nouveau Petit Robert de la langue française (édition 2009), *ad* « *confrérie* » : la confrérie est une « *association pieuse de laïcs* ». *Cf.* aussi BOILEAU, pp. XCVII-XCVIII : « *Au point de vue de la distribution des secours, la Communauté ouvrière prenait le nom de Confrérie* » ; BRIOD ALICE, L'assistance des pauvres dans le pays de Vaud – du commencement du Moyen Age à la fin du XVIe siècle, Editions Spes, Lausanne 1926, pp. 104-105 ; FRÖHLICH, p. 16 : « *Der Bezeichnung "Brüderschaft" kommt […] eine besondere Bedeutung zu, da sie allgemein neben oder innerhalb von Zünften und Gesellenverbänden bestehende Vereinigungen bezeichnete, die ausschliesslich religiöse Funktionen hatten und caritative Aufgaben übernahmen* » ; MARTIN SAINT-LÉON, pp. 171-172 et 392-397 : la confrérie de métiers est une « *société composée d'artisans exerçant le même métier et ayant pour but : 1° l'union de tous ses membres dans un même sentiment de piété pour prier Dieu, et lui demander le bien moral et matériel des vivants et le bonheur éternel pour les morts ; 2° l'établissement d'institutions charitables destinées à secourir les vieillards, les malades et les infirmes de la corporation* ».

sous forme de prêts, lorsque l'un des leurs se trouvait dans le besoin ; les confréries faisaient également des dons à certains hôpitaux afin de réserver des lits pour que leurs membres soient assurés de bénéficier de soins médicaux adéquats en cas de maladie ou de maternité[771].

En outre, les travailleurs « *n'ont pas attendu l'intervention de l'Etat* », puisqu'ils se sont regroupés, afin de « *s'assurer eux-mêmes une protection suffisante, par la négociation collective, avec les employeurs, des conditions de travail* »[772]. Dans un arrêt rendu le 14 octobre 1899, le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu l'« *intérêt légitime* » des travailleurs à « *améliorer leur condition en louant leur activité le plus avantageusement possible* », et admis que leur constitution en association ou syndicat représentait « *le moyen le plus efficace qui soit à leur disposition pour atteindre ce but* », le syndicat étant « *le représentant naturel et normal des ouvriers syndiqués pour tout ce qui concerne les conditions du travail* »[773].

Reposant, à l'origine, sur des législations cantonales de droit public (*infra*, A.), le droit collectif du travail a fait son entrée dans le Code des obligations avec effet au 1er janvier 1912 (*cf.* art. 322-324 aCO ; *infra*, B.). Le développement du droit collectif a ensuite été marqué, notamment, par l'adoption de la loi fédérale permettant l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail (LECCT) du 28 septembre 1956 et par la révision du Code des obligations de 1971 (*infra*, C.). Le droit collectif est donc un droit mixte, qui repose à la fois sur du droit public (la LECCT) et sur du droit privé (les art. 356-360*f* CO).

771 Alors que le terme de corporation véhicule « *l'idée administrative qui inspire les règlements* », à celui de confrérie se rattache « *l'idée charitable qui est l'âme de toute association* » (BOILEAU, p. XCVII). Sur ce point, *cf.* aussi CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, pp. 71-72 ; GNAEGI, p. 23 : les confréries assumaient « *une véritable fonction de protection sociale* » ; MARTIN SAINT-LÉON, pp. 171-174 et 396. Les secours mutuels mis en place par les associations professionnelles avaient également l'avantage de libérer le patron de certaines charges financières. *Cf.* HÜNERWADEL HANS, Die Krankenversicherung, nach dem Bundesgesetz über die Kranken - und Unfallversicherung, vom 13. Juni 1911, ihre Entstehung und ihre Auswirkung, Fragen der Sozialversicherung Heft 6, Verlag Hans Huber, Berne 1938, p. 7 : « *Vorab waren es die Handwerksgesellen, die schon in sehr früher Zeit gemeinsam mit ihren Meistern Beiträge leisteten, um sich damit für den Krankheitsfall die nötige Krankenpflege zu sichern, ohne den Meister allein damit zu belasten* ».

772 MAHON, La réglementation du travail, p. 7.

773 ATF 25 II 792, c. 2.

A. Les origines du droit collectif

Si la Suisse a été à l'avant-garde dans le domaine de la législation protectrice des travailleurs (*supra*, IV.), cela a également été le cas en matière de droit collectif. Dès la seconde moitié du XIX[e] siècle, des conventions collectives ont été conclues afin de fixer les salaires et les conditions de travail[774]. Les deux plus anciennes conventions ont été scellées à Genève, dans les secteurs de l'imprimerie (en 1850) et de la menuiserie (en 1857)[775]. Le canton de Genève a fait œuvre de pionnier en édictant une loi qui obligeait les entreprises à respecter la convention collective de la branche pour obtenir des commandes de l'Etat[776]. Quant à la loi genevoise sur les conventions collectives de 1900, qui conférait une force d'usage aux conventions collectives et soumettait les conflits collectifs à une procédure d'arbitrage obligatoire, elle a représenté la première loi d'Europe en la matière[777].

Le droit d'association, garanti tant par la Constitution fédérale de 1848 que par celle de 1874 (art. 46 aCst. 1848, art. 56 aCst. 1874), a constitué le prérequis nécessaire à la naissance du droit collectif du travail[778]. Les syndicats ont en effet « *décuplé la puissance de la classe ouvrière* »[779].

Les conventions collectives de travail ont offert aux travailleurs la possibilité de négocier leurs conditions de travail avec leurs employeurs ; il s'agit d'un instrument qui a conduit à une nette amélioration de la situation des travailleurs et qui joue, aujourd'hui encore, un rôle de première importance puisqu'il permet de mettre les travailleurs au bénéfice de

---

774 BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 83, pp. 52-53. Sur le développement des associations patronales et syndicales au XIX[e] siècle et l'adoption des premières conventions collectives de travail, *cf.* HUG, Das Kündigungsrecht, pp. 76-80 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 29-35. Sur le développement des conventions collectives, *cf.*, spécifiquement, EICHHOLZER EDUARD, Aus der Geschichte des schweizerischen Gesamtarbeitsvertrags, RDS/ZSR 1964, I, pp. 41-79 ; RIEGER ANDREAS, Développement et importance des CCT en Suisse, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 97-121, pp. 100-110.

775 *Cf.* BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n° 12, p. 164.

776 *Cf.* BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n° 12, p. 164.

777 *Cf.* BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs, p. 289 ; BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, n° 89, p. 54 ; BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n° 12, p. 164. *Cf.* aussi BATTELLI MAURICE, Les lois genevoises de 1900 et de 1904 sur les tarifs d'usage et les conflits collectifs de travail, in : Mélanges d'histoire économique et sociale en hommage au professeur Antony Babel, tome II, Université de Genève, Genève 1963, pp. 343-368.

778 TSCHUDI, Geschichte, pp. 28-29 : « *Rechtliche Voraussetzung für die Entstehung von Gewerkschaften und von Arbeitgeberverbänden ist die Koalitionfreiheit. Dieses Grundrecht bildet somit die Basis des kollektiven Arbeitsrechts* ».

779 BABEL, p. 18.

règles plus favorables que celles contenues dans le Code des obligations ou dans le droit public (LTr, p. ex.)[780].

B. L'ancrage du droit collectif dans le Code des obligations

L'adoption du Code des obligations de 1911 a réalisé l'ancrage du droit collectif du travail dans le droit privé fédéral (*cf.* art. 322-324 aCO)[781]. Avant le 1er janvier 1912, le droit collectif du travail faisait en effet l'objet de législations cantonales de droit public[782].

Les art. 322-323 aCO ont porté introduction de la convention collective, désignée, à l'époque, sous la dénomination de « *contrat collectif de travail* » ou de « *contrat de tarif* » (*cf.* art. 322 al. 1 aCO : « *Des règles relatives aux conditions de travail pourront être établies entre les employeurs et les ouvriers intéressés par des contrats que des employeurs ou des associations patronales passeront avec des ouvriers ou des associations ouvrières* »)[783]. Cette institution, qui était assortie « *d'effets impératifs subsidiaires* » (*cf.* art. 323 al. 1 aCO : « *Le contrat de travail que passent des ouvriers et des employeurs liés par un contrat collectif est nul dans la mesure où il déroge à celui-ci* »)[784], ne liait toutefois que les employeurs et employés membres des associations contractantes[785]. Il faudra attendre l'adoption de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) du 28 septembre 1956, pour que les pouvoirs publics acquièrent la faculté d'étendre le champ d'application des CCT aux employeurs et travailleurs « *dissidents* » (c'est-à-dire aux employeurs et travailleurs de la branche non parties à la convention ; *infra*, C.)[786].

L'art. 324 aCO attribuait, pour sa part, les compétences nécessaires à l'élaboration de contrats-types de travail, en autorisant l'autorité publique à adopter des actes « *régissant*

---

780 TSCHUDI, Sozialstaat, p. 57 : « *Das Instrument des Gesamtarbeitsvertrags gibt den Arbeitnehmer-organisationen die Möglichkeit, zusammen mit den Arbeitgebern die Arbeitsbedingungen zu gestalten. Wie wohl keine andere Massnahme hat der Gesamtarbeitsvertrag zur Hebung des sozialen Niveaus der Arbeiterschaft geführt* ».

781 En légiférant sur le droit collectif du travail, en particulier, sur la convention collective de travail, la Suisse a fait état de pionnier au niveau européen. *Cf.* ANDERMATT, n° 5, p. 8 ; TSCHUDI, Sozialstaat, p. 66.

782 La loi sur les soumissions genevoise de 1892 a été la première loi à faire mention de contrats collectifs de travail. *Cf.* TSCHUDI, Geschichte, p. 34.

783 FF 1967 II 249 (251). Au sujet du contrat collectif de travail (art. 322-323 aCO), *cf.* RICHARD, Le contrat de travail, pp. 162-219.

784 FF 1967 II 249 (251).

785 MAHON, La réglementation du travail, p. 21.

786 MAHON, La réglementation du travail, pp. 21-22.

les conditions de travail dans une profession déterminée »[787] ; il s'agissait (et il s'agit toujours ; *cf. infra*, C.) toutefois de droit dispositif, de sorte que les parties au contrat de travail pouvaient convenir, moyennant le respect de la forme écrite, de déroger au contrat-type (*cf.* art. 324 al. 1 aCO : « *Le Conseil fédéral et les autorités désignées par les cantons peuvent, après avoir pris l'avis des associations professionnelles intéressées ou d'associations d'utilité publique, rédiger des contrats-types pour diverses espèces de contrats de travail de même que pour l'apprentissage ; la teneur de ces contrats est réputée exprimer la volonté des parties, s'il n'existe pas de convention contraire faite par écrit* »)[788].

C. Le développement du droit collectif

Le droit collectif s'est beaucoup développé après la Seconde Guerre mondiale, suite à la révision des « *articles économiques* » de la Constitution (art. 31-31*quinquies*, 32 et 34*ter* aCst. 1874) adoptée par le peuple le 6 juillet 1947 et entrée en vigueur le 1er octobre 1947[789], qui a attribué à la Confédération la compétence d'étendre le champ d'application des conventions collectives (*cf.* art. 34*ter* al. 1 lit. c : « *La Confédération a le droit de légiférer sur la force obligatoire générale de contrats collectifs de travail ou d'autres accords entre associations d'employeurs et d'employés ou ouvriers en vue de favoriser la paix du travail* »)[790]. Le 28 septembre 1956, une loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT) a donc été adoptée ; elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1957 et a eu pour effet de remplacer les art. 322-323 aCO par sept nouvelles dispositions (les art. 322, 322*bis*, 322*ter*, 323, 323*bis*, 323*ter*, 323*quater* aCO ;

787 *Cf.* BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 240.

788 Au sujet du contrat-type de travail (art. 324 aCO), *cf.* RICHARD, Le contrat de travail, pp. 141-161 ; RONCORONI, Le contrat-type de travail (CTT), nos 1-6, pp. 304-307.

789 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une révision partielle des dispositions constitutionnelles qui régissent l'ordre économique du 10 septembre 1937, FF 1937 II 829 ; Message complémentaire du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la révision des articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique du 3 août 1945, FF 1945 I 877 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation populaire du 6 juillet 1947 sur la révision des articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique du 20 septembre 1947, FF 1947 III 179. *Cf.* aussi ROBINET DE CLÉRY ADRIEN, Les nouveaux articles économiques de la Constitution fédérale suisse, Revue internationale de droit comparé, n° 3, juillet-septembre 1950, pp. 495-505 ; STEINER ARTHUR, Les nouveaux articles économiques de la Constitution, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 6-1947, pp. 167-177.

790 L'art. 34ter al. 1 lit. c aCst. 1874 a été remplacé par l'art. 110 al. 1 lit. d Cst. (« *La Confédération peut légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail* »).

cf. art. 19 LECCT)[791]. La révision totale du Titre X^e^ du Code des obligations du 25 juin 1971 a ensuite substitué aux 322-323*quater* aCO les actuels art. 356-358 CO, dispositions qui n'ont que peu modifié le contenu des anciennes dispositions[792].

La révision du Code des obligations de 1971 a aussi eu pour effet de modifier la législation relative au contrat-type de travail. Limitée, à l'origine, à un seul article (*cf.* art. 324 al. 1 aCO), la réglementation a été étendue, puisque le contrat-type de travail est désormais l'objet de trois dispositions (art. 359, 359*a* et 360 CO)[793]. Le nouvel art. 359 al. 1 CO consacre dorénavant l'obligation des cantons d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison. Cette obligation n'était toutefois pas nouvelle puisqu'elle avait déjà été consacrée par la loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne du 3 octobre 1951[794] (entrée en vigueur le 1^er^ janvier 1954 et abrogée le 1^er^ janvier 1999 par la loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998[795]), qui régissait les conditions d'engagement dans l'agriculture (*cf.* art. 96-100) et introduisait, à son art. 96, l'obligation des cantons d'établir des contrats-types de travail (art. 324 aCO) réglementant, en particulier « *les obligations de l'employeur et de l'employé, la durée du travail et du repos de l'employé, ses vacances, le paiement du salaire en cas de maladie, ainsi que la dissolution des rapports de service* » ; la loi indiquait que les contrats-types devaient également contenir des dispositions spéciales sur les conditions de travail des femmes et des jeunes gens. Contrairement à l'art. 324 aCO, le nouvel art. 360 CO ne conditionne plus la validité des dérogations au contrat-type de travail au respect de la forme écrite.

---

791 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT), RS 221.215.311 (RO 1956 1645 ; FF 1956 II 261). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application du 29 janvier 1954, FF 1954 I 125. Sur la modification du Code des obligations relative à la convention collective de travail, *cf.* également BERENSTEIN, Le contrat de travail, p. 240.

792 Concernant l'évolution de la réglementation de la convention collective de travail (adoption de la LECCT en 1956, puis révision du Code des obligations de 1971), *cf.* BRUCHEZ, L'art. 356 CO, n^os^ 14-16, pp. 164-165 ; TSCHUDI, Geschichte, pp. 48-54.

793 Sur les modifications apportées par la révision de 1971, *cf.* RONCORONI, Le contrat-type de travail (CTT), n^os^ 7-15, pp. 307-309.

794 Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne (Loi sur l'agriculture), RO 1953 1095 (FF 1951 III 141). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la paysannerie du 19 janvier 1951, FF 1951 I 141 (251-255).

795 Loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998 (LAgr), RS 910.1 (RO 1998 3033).

VI. Les origines et l'évolution du droit de la fonction publique

Le droit de la fonction publique régit les relations de travail entre l'Etat et son personnel. Dans un premier temps, nous proposons de rechercher les origines de ce droit (*infra*, A.). Nous retracerons ensuite son évolution jusqu'à ce jour, en nous intéressant spécifiquement au phénomène de « *privatisation* » qui le caractérise (*infra*, B.). En guise de synthèse, nous mettrons en évidence les différences qui subsistent entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique ; malgré une forte tendance à la convergence, il n'y a en effet pas (encore) identité des régimes (*infra*, C.).

A. Les origines du droit de la fonction publique

La naissance du droit de la fonction publique remonte à des temps anciens. A l'origine, seuls certains aspects des relations de travail entre l'Etat et son personnel ont fait l'objet d'une réglementation. Le droit public cantonal et communal, puis le droit public fédéral dès 1848, se sont peu à peu saisis de cette question. Compte tenu du caractère morcelé et incomplet de la législation de droit public, le droit privé a fait office de complément. Le Code des obligations de 1881, puis celui de 1911, se sont en effet appliqués à titre subsidiaire dans les rapports de travail entre l'Etat et ses agents (*infra*, 1.). Au niveau fédéral, il faudra attendre la fin des années 1920, pour que le droit de la fonction publique fasse l'objet d'un véritable statut réglant les droits et obligations respectifs des parties pendant l'entier de la relation de travail ; par l'adoption du Statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927, il s'est agi de véritablement retirer les rapports de travail du secteur public du champ d'application du droit privé (*infra*, 2.).

1. Le droit de la fonction publique jusqu'au début du XX^{e} siècle

S'il semble que la naissance du droit du travail des employés publics ait précédé celle du droit de protection des travailleurs (protection des ouvriers, en particulier), les sources juridiques sont particulièrement difficiles à trouver. Au sein de la doctrine, EICHHOLZER, rapporte qu'au Moyen Age (476-1492), des droits villageois locaux énonçaient les conditions d'engagement des « *petits fonctionnaires publics* »[796]. La « *fonction publique* »

[796] EICHHOLZER, Aperçu, p. 199 : « *Dans les sources juridiques, notamment dans les droits villageois locaux, les conditions d'engagement des petits fonctionnaires publics de toute espèce jouent un rôle considérable. On serait tenté de dire que le droit du travail des employés publics est né avant celui des ouvriers de l'artisanat et de l'agriculture* ».

est en effet ancienne puisque son existence remonte à l'émergence des autorités municipales[797]. Les Chartes et franchises communales, qui ont fait leur apparition au XIII^e^ siècle, réglaient le mode d'élection des fonctionnaires[798]. Par la suite, des lois s'étendant à des territoires plus vastes ont été adoptées. Ainsi, durant l'occupation bernoise (1538-1798), le territoire du canton de Vaud était divisé en bailliages. Chaque bailliage était dirigé par un bailli, nommé par le gouvernement de la ville de Berne. Les Loix et Statuts du Pays de Vaud de 1616, qui étaient reconnus par leurs Excellences de Berne (LL. EE.), fixaient le mode d'élection des fonctionnaires autres que les baillis. Par exemple, les châtelains (aussi appelé « *lieutenants baillivaux* »), qui étaient les représentants des baillis, étaient nommés à vie par LL. EE., sur proposition du Conseil de la ville et après préavis du bailli. Lorsqu'ils étaient introduits et mis en possession de leur charge, les châtelains devaient prêter serment[799]. Sous l'Ancien Régime, il semble cependant que seules les conditions de nomination des fonctionnaires aient fait l'objet d'une réglementation. Ce n'est en effet qu'au tournant du XIX^e^ siècle qu'est intervenue la naissance d'un véritable droit de la fonction publique[800].

Au moment de sa création, qui a eu lieu le 12 septembre 1848 lors de la proclamation de la première Constitution fédérale, l'Etat fédéral était peu centralisé. La Confédération ne disposait, en particulier, d'aucune compétence législative en matière de droit civil. Les lois adoptées dans ce domaine appartenaient donc exclusivement au droit cantonal ou communal (les cantons et les communes étaient compétents pour édicter des lois dans le domaine du droit civil grâce à la compétence générale résiduelle que leur conférait la Constitution ; *cf.* art. 3 aCst. 1848). Au XIX^e^ siècle, certains cantons (Bâle-Ville et Vaud, p. ex.) et villes (Berne, Lausanne, Zurich, notamment) ont légiféré sur les conditions de travail des fonctionnaires, employés et ouvriers occupés dans leurs services (employés de bureau, de voirie ou du service des eaux, jardiniers, p. ex.). Le personnel municipal était souvent assuré contre les conséquences de la maladie, de l'accident (Bâle, Genève, St-Gall et Zurich), voire même de la vieillesse (Genève et Zurich) ; en 1909, le canton de Bâle-Ville est allé jusqu'à octroyer à ses fonctionnaires, employés et ouvriers le droit de former des syndicats pour assurer la défense de leurs intérêts[801]. En accordant à leurs employés

797 *Cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, p. 280.

798 Sur les Chartes et Franchises communales, *cf.* FAVEY JEAN-GEORGES, Le coutumier de Moudon de 1577 : précédé d'une Notice sur le développement historique du droit dans le Pays de Vaud pendant les périodes de Savoie et de Berne, Payot, Lausanne/Genève [etc.] 1924, pp. 13-39.

799 Les loix et statuts du Pays de Vaud, avec un répertoire très exact, chez Nic. Emanuel Haller, Berne 1730.

800 *Cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, p. 280.

801 *Cf.*, p. ex. : loi bâloise sur les conditions de service et la rémunération des fonctionnaires, employés et ouvriers du canton du 8 juillet 1909. Concernant la législation relative aux conditions de service du

« *une plus grande liberté d'allures, une indépendance sociale plus complète, une situation économique toujours supérieure à celle qu'ils auraient pu occuper dans une industrie privée du même genre* », les villes « *se sont assuré un personnel stable, de choix, duquel elles peuvent exiger un maximum de rendement* »[802]. Au XIX[e] siècle, les législations cantonales et communales étaient toutefois loin d'instituer un véritable statut de leurs agents ; elles se limitaient à régler certains aspects des relations de travail. A titre d'exemple, si la législation sur la fonction publique vaudoise a commencé à se développer dès 1803, ce n'est que 75 ans plus tard qu'une loi générale sur la nomination et le traitement des fonctionnaires publics a été adoptée, et 144 ans plus tard qu'un « *statut unique et complet* » a vu le jour[803]. La loi vaudoise sur la nomination et le traitement des fonctionnaires publics du 21 mai 1878[804] a généralisé deux principes, qui, depuis 1830, étaient appliqués « *sporadiquement et selon les personnes* », à savoir, le principe de la réélection (chaque quatre ans) de tous les fonctionnaires et employés nommés par le Conseil d'Etat ou par un chef de département et celui de la mise en place de mesures d'accompagnement en cas de non-réélection du fonctionnaire public ou de départ de celui-ci pour un autre motif[805]. Quant à la loi sur le statut général des fonctions publiques du 9 juin 1947[806], elle a institué une réglementation complète des relations de travail entre l'Etat de Vaud et son personnel[807].

Afin d'éviter que les rapports de service de ses agents ne fussent régis par du droit cantonal, la Confédération a édicté plusieurs lois de droit public[808]. Ainsi, notamment : la loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération du 9 décembre 1850, adoptée en vertu de l'art. 110 aCst. 1848 (« *Les fonctionnaires de la Confédération sont responsables de leur gestion. Une loi fédérale déterminera d'une manière plus précise ce qui tient à cette responsabilité* ») et à teneur de laquelle la responsabilité en cas de dommages causés par une autorité incombait en premier chef au fonctionnaire fautif[809] ; la

personnel des cantons et des villes, et pour la reproduction d'un extrait de la loi bâloise, *cf.* SIGG, pp. 430-432 et 454-456.

802 SIGG, p. 431.

803 COUTAZ, p. 131.

804 Loi vaudoise sur la nomination et le traitement des fonctionnaires publics du 21 mai 1878.

805 *Cf.* COUTAZ, p. 131.

806 Loi vaudoise sur le statut général des fonctions publiques du 9 juin 1947. Cette loi a été abrogée par la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers-VD ; RSV 172.31).

807 Concernant l'histoire du droit de la fonction publique vaudoise, *cf.* COUTAZ, pp. 124-136.

808 *Cf.* HANGARTNER YVO, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis, RDS 1979 I, pp. 389-407, p. 400.

809 Loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération du 9 décembre 1850, RO II 145. Cette loi a été abrogée par la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF) du 14 mars 1958 (RS 170.32), qui est entrée en vigueur le 1[er] janvier 1959 et qui a permis un transfert de responsabilité du fonctionnaire à

loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872, dont l'art. 9 consacrait le droit des fonctionnaires et employés des chemins de fer de bénéficier d'au moins un dimanche de libre sur trois (*supra*, IV., A., 2., d))[810] ; différentes lois fédérales sur la création de fonctions fédérales permanentes et la fixation des traitements des fonctionnaires fédéraux, promulguées sur la base de l'art. 74 ch. 2 aCst. 1848 (relèvent, notamment, de la compétence du Conseil national et du Conseil des Etats : « *Le traitement et les indemnités des membres des autorités de la Confédération et de la Chancellerie fédérale ; la création de fonctions fédérales permanentes* »)[811].

La Constitution fédérale de 1874 a octroyé à la Confédération la compétence de légiférer sur les conditions de travail de son personnel (*cf.* art. 85 aCst. 1874). Malgré cette nouvelle attribution, au XIX^e^ siècle, la législation fédérale ne contenait que des « *prescriptions malheureusement vagues et très fragmentaires concernant les conditions d'engagement et le statut du personnel* » ; celles-ci étaient « *éparses dans plusieurs lois, arrêtés et ordonnances* » et constituaient « *une réglementation à la fois compliquée et insuffisante* »[812]. Ainsi, un arrêté du Conseil fédéral du 21 février 1879 réglait le droit aux congés des fonctionnaires et employés de l'administration fédérale[813]. Cet arrêté, qui autorisait les chefs des Départements à accorder des congés jusqu'à concurrence d'une durée de 3 semaines (*cf.* art. 4), constitue le plus ancien texte juridique dans le domaine des vacances. Les fonctionnaires et employés qui voulaient bénéficier d'un congé devaient indiquer le motif de celui-ci ; si, à l'origine, les congés n'étaient accordés que pour suivre des cures médicales, la pratique s'est peu à peu assouplie et les congés ont été perçus comme un instrument devant permettre aux fonctionnaires et employés de se reposer et de se délasser[814]. La loi fédérale concernant l'acquisition et l'exploitation de chemins de fer pour le compte de la Confédération, ainsi que l'organisation de l'administration des chemins de fer fédéraux du 15 octobre 1897, contenait, par exemple, quelques prescriptions relatives aux conditions d'engagement (*cf.* art. 40 al. 1 : « *Les citoyens suisses ayant leur domicile fixe en Suisse peuvent seuls, dans la règle, être admis au*

l'Etat (*cf.* art. 3 al. 1 LRCF : « *La Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire* »).

810 Loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872, RO XI 1.

811 Loi sur les traitements des fonctionnaires fédéraux du 2 août 1873 (RO XI 283) ; Loi fédérale sur la création de fonctions fédérales permanentes et la fixation des traitements du 2 août 1853 (RO III 548).

812 FF 1924 III 1 (1).

813 Arrêté du Conseil fédéral concernant les congés des fonctionnaires et employés de l'administration fédérale du 21 février 1879, RO 4 26.

814 SCHUMACHER BEATRICE, Ferien : Interpretationen und Popularisierung eines Bedürfnisses : Schweiz 1890-1950, Böhlau, Vienne 2002, pp. 69 ss.

service des chemins de fer ») et au statut des fonctionnaires et employés au service des chemins de fer (dispositions relatives aux procédures de nomination et de révocation, à la durée des fonctions des fonctionnaires et employés à poste fixe, à la création d'une caisse de pensions et de secours et de caisses d'assurance en cas de maladie, notamment ; *cf.* art. 40-47) ; pour le surplus, l'art. 12 al. 2 de la loi soumettait les fonctionnaires et employés des chemins de fer fédéraux aux lois régissant les fonctionnaires de la Confédération[815]. La loi fédérale sur les douanes du 28 juin 1893 régissait, quant à elle, les conditions de nomination et de travail du personnel de l'administration des douanes (dispositions régissant la durée des fonctions, les procédures de nomination et de révocation, le droit à des jours de repos et à des congés, l'exercice d'un autre emploi ou d'une activité accessoire, la procédure disciplinaire, *etc.* ; *cf.* art. 39-53)[816]. Les législations fédérales sur le travail dans les fabriques (LFab 1877, puis LFab 1914/1919) et sur la durée du travail dans les entreprises de transport et de communications[817] fixaient également « *certains points du statut du personnel attaché à ces entreprises* »[818]. En matière de traitements, la législation était moins éclatée et la situation « *moins confuse* », puisque ceux-ci étaient arrêtés dans deux lois[819] : la loi fédérale sur les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux du 2 juillet 1897[820], applicable au personnel de l'administration générale, et la loi fédérale concernant les traitements des fonctionnaires

815 Loi fédérale concernant l'acquisition et l'exploitation de chemins de fer pour le compte de la Confédération, ainsi que l'organisation de l'administration des chemins de fer fédéraux du 15 octobre 1897 (RO 16 529, FF 1897 IV 469).

816 Loi fédérale sur les douanes du 28 juin 1893, RO 13 684 (FF 1893 III 981).

817 Loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse du 23 décembre 1872, puis loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et des autres entreprises de transport du 27 juin 1890, puis loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des entreprises de transport et de communications du 19 décembre 1902, puis loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920. Au sujet de ces différentes lois, *cf. supra*, IV., A., 2., d).

818 FF 1924 III 1 (6).

819 FF 1924 III 1 (1).

820 Loi fédérale sur les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux du 2 juillet 1897, RO 16 270 (FF 1897 III 626). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la loi sur les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux du 6 novembre 1896, FF 1896 IV 641. *Cf.* également loi fédérale additionnelle à la loi fédérale du 2 juillet 1897 sur les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux du 24 juin 1909, RO 25 695 (FF 1909 IV 271). La loi fédérale sur les traitements des fonctionnaires et employés fédéraux du 2 juillet 1897 a succédé et abrogé plusieurs lois fédérales sur les traitements, en particulier la loi sur les traitements des fonctionnaires fédéraux du 2 août 1873 (RO XI 283) et la loi fédérale sur la création de fonctions fédérales permanentes et la fixation des traitements du 2 août 1853 (RO III 548).

et employés des chemins de fer fédéraux du 23 juin 1910[821]. Tant la loi fédérale sur les douanes du 28 juin 1893 (art. 42) que la loi fédérale concernant l'organisation de l'administration des chemins de fer fédéraux du 15 octobre 1897 (art. 42) prévoyaient, en effet, que la fixation des traitements ferait l'objet d'une législation spéciale.

En dehors des aspects régis par la législation publique spéciale, les rapports de travail entre la Confédération et son personnel étaient soumis au Code des obligations (art. 338-349 CO 1881, puis art. 319-362 CO)[822]. Afin de ne pas obliger les cantons à appliquer les dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail dans les rapports les liant à leurs agents (et donc, dans le but de préserver la législation cantonale existant dans ce domaine), un art. 349, réservant expressément, outre le droit fédéral concernant les employés et fonctionnaires publics, également le droit public des cantons en la matière, a été inséré dans le Code de 1881 ; les cantons ont donc eu le choix, soit de conserver leurs lois de droit public, soit de soumettre les rapports de service les liant à leur personnel au droit privé fédéral[823].

Si la doctrine est aujourd'hui « *presque unanime* » à considérer que les rapports entre l'Etat et son personnel relèvent du droit public, tel n'a pas toujours été la position du Tribunal fédéral[824]. Dans un arrêt rendu le 22 juin 1878, le Tribunal fédéral avait jugé que les rapports liant l'Etat cantonal (*in casu*, le canton du Tessin) à ses agents (*in casu*, des professeurs du Lycée cantonal de Lugano) appartenaient au droit privé[825]. Par la suite, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence et retenu que les rapports entre l'Etat et ses agents relevaient du droit public, sous réserve, toutefois, des prétentions pécuniaires qui

---

821 Loi fédérale concernant les traitements des fonctionnaires et employés des chemins de fer fédéraux du 23 juin 1910, RO 26 781 (FF 1910 IV 399). Cette loi a succédé et abrogé la loi fédérale concernant les traitements des fonctionnaires et employés des chemins de fer fédéraux du 29 juin 1900, RO 18 209 (FF 1900 III 493).

822 HELBLING, p. 242 : « *Anfangs des 20. Jahrhunderts galten für die meisten arbeitsrechtlichen Fragen für die Privatwirtschaft und den öD identische Regelungen, nämlich jene des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 […]. Das OR regelte das privatwirtschaftliche Arbeitsverhältnis, und es galt weitgehend auch für die Arbeit im öD des Bundes, der Kantone und der Gemeinden* » ; TANQUEREL, p. 49.

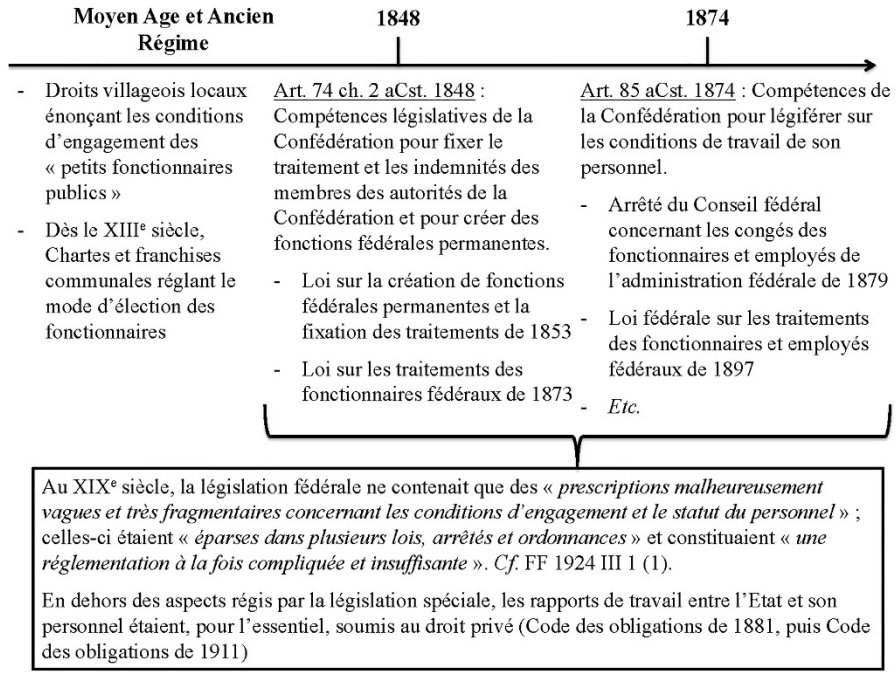
823 *Cf.* HANGARTNER YVO, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis, RDS 1979 I, pp. 389-407, p. 400 : « *Als der Bund im Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht, […], das zivilrechtliche Dienstverhältnis einheitliche regelte, wollte er […] die Kantone nicht zwingen, dieses neue eidgenössische Arbeitsrecht auf ihre Dienstverhältnisse anzuwenden. So kam es zu der vermittelnden Fassung, die heute in Art. 342 Abs. 1 lit. a OR verankert ist : Bund, Kantone und Gemeinden können ihre Bediensten zivilrechtlich, nach Obligationenrecht, oder öffentlich-rechtlich, nach ihren besonderen Beamtengesetzen, anstellen* ».

824 Sur ce point, *cf.* MAHON, Le statut des fonctionnaires fédéraux, pp. 40-46.

825 ATF 4 I 311. Le Tribunal fédéral en a jugé de même dans un arrêt rendu le 20 février 1880 (ATF 6 I 156).

étaient de nature civile[826]. Depuis 1924, le Tribunal fédéral rattache désormais les rapports de service des agents de l'Etat, dans leur ensemble (c'est-à-dire, y compris les prétentions pécuniaires), au droit public[827].

Schéma 14 : Les origines du droit de la fonction publique



2. La loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927

Une loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (StF) a été adoptée le 30 juin 1927[828]. Elle a représenté la première codification complète des rapports de travail entre la

826 ATF 9 I 208 ; ATF 12 I 697 ; ATF 13 I 342 ; ATF 16 I 435.

827 ATF 50 I 69, c. 5.

828 Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF), RO 43 459 (FF 1927 II 1). *Cf.* aussi Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux du 18 juillet 1924, FF 1924 III 1 ; Message supplémentaire du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi sur le statut des fonctionnaires fédéraux du 8 mars 1927, FF 1927 I 173.

Confédération et ses employés[829]. Le StF consacrait un véritable « *statut du personnel* » : il devait « *tendre à préciser les droits et les devoirs de l'Etat et du personnel* » et fixer les conditions d'engagement « *en indiquant comment fonctionnaires et employés doivent comprendre l'accomplissement des obligations du service* » ; il constituait donc « *davantage qu'une simple échelle de traitement* »[830].

En adoptant le StF, le législateur a retiré les rapports de travail de droit public du champ d'application du Code des obligations[831] ; avant l'entrée en vigueur du Statut, en dehors des aspects régis par la législation spéciale, les rapports de travail entre l'Etat et son personnel étaient, en effet, pour l'essentiel, soumis au droit privé : le Code des obligations de 1881, puis celui de 1911, se sont appliqués dans les relations de travail entre l'Etat et ses agents[832]. La décision de régler les rapports de travail de droit public dans une loi distincte du Code des obligations était justifiée par « *la nature particulière de l'employeur en cause* »[833], c'est-à-dire par le fait, d'une part, que les employés de l'Etat exercent des tâches d'intérêt public et sont donc tenus d'effectuer celles-ci non seulement dans l'intérêt de leur employeur, mais aussi dans celui de la collectivité[834] et, d'autre part, que l'Etat doit

---

829 Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 14 décembre 1998, FF 1999 II 1421 (1424) : « *Avec le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF), le législateur codifiait pour la première fois de façon complète les rapports de service au sein de la Confédération. Avant cette date, la réglementation était dispersée dans les nombreuses dispositions des législations spéciales* ».

830 FF 1924 III 1 (3).

831 HELBLING, p. 242 : « *Mit dem Erlass des Beamtengesetzes vom 30. Juni 1927 (BtG) leitete der Bundesgesetzgeber eine Wende ein : Er entzog das Arbeitsverhältnis beim Bund dem Geltungsbereich des OR. Er hat die bis dahin gesamtschweizerisch einheitliche "arbeitsrechtliche Landschaft" in ein Arbeitsrecht für die Privatwirtschaft (OR) und ein Arbeitsrecht für den öD des Bundes (BtG) zweigeteilt* ». *Cf.* aussi FF 1924 III 1 (6) : « *Le statut des fonctionnaires fédéraux sera le pendant de la réglementation uniforme des rapports de service d'ordre privé consacrée par le code fédéral des obligations* ».

832 HELBLING, p. 242 : « *Anfangs des 20. Jahrhunderts galten für die meisten arbeitsrechtlichen Fragen für die Privatwirtschaft und den öD identische Regelungen, nämlich jene des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 […]. Das OR regelte das privatwirtschaftliche Arbeitsverhältnis, und es galt weitgehend auch für die Arbeit im öD des Bundes, der Kantone und der Gemeinden* » ; TANQUEREL p. 49.

833 TANQUEREL, p. 49.

834 FF 1924 III 1 (5) : « *Si l'engagement oblige l'Etat à certaines prestations et en particulier au versement d'un salaire, il impose d'autre part au personnel des obligations précises. Le statut n'a pas seulement pour but d'accorder aux agents des services publics les garanties professionnelles que l'Etat leur doit. Il détermine aussi leurs devoirs et leurs obligations. En effet, si les fonctionnaires ont des droits dont ils revendiquent avec raison la reconnaissance, ils ont aussi des obligations qu'ils sont tenus de remplir. La première d'entre elles, c'est de ne jamais se dresser en adversaires de l'intérêt public qu'ils ont l'obligation à la fois de respecter et de défendre. L'administration qui est créée pour le public ne doit jamais être une arme que les fonctionnaires puissent retourner contre la collectivité. On a pu dire avec raison qu'elle est un dépôt qui leur est confié dans l'intérêt de tous et dont ils doivent*

respecter les principes et droits constitutionnels même lorsqu'il agit en qualité d'employeur[835]. Une application supplétive du Code des obligations n'était prévue que dans le domaine de la compensation de créances (*cf.* art. 46 al. 2 et 48 al. 4 StF).

La loi de 1927 régissait le statut des fonctionnaires, c'est-à-dire des employés dans l'administration fédérale occupant une fonction répertoriée dans l'état des fonctions dressé par le Conseil fédéral (*cf.* art. 1 StF)[836]. Différents règlements d'exécution complétaient le StF[837]. Conformément à l'art. 62 StF, le Conseil fédéral était tenu d'édicter les prescriptions concernant « *les rapports de service des personnes occupées par la Confédération, mais n'ayant pas qualité de fonctionnaires* » (*cf.* art. 62 StF) ; les rapports

compte à la collectivité. Les intérêts du personnel sont respectables, mais on ne saurait songer à les laisser primer ceux des administrés. Le but auquel la charte du personnel doit tendre, c'est de concilier les uns et les autres. Fonctionnaires et employés ont dès lors l'obligation de remplir fidèlement et consciencieusement tous les devoirs de leur service. La sauvegarde des intérêts de la Confédération doit rester la ligne directrice dans l'accomplissement de leurs obligations ».

835 *Cf.* TANQUEREL, pp. 58-61. *Cf.* aussi DONATSCH, §§ 18-19 ; SUBILIA-ROUGE, p. 290.

836 Ainsi, successivement : Arrêté du Conseil fédéral sur l'état des fonctions dont les titulaires ont qualité de fonctionnaires fédéraux (Etat des Fonctions) du 7 avril 1930, RO 46 793 ; Arrêté du Conseil fédéral concernant la classification des fonctions du 29 janvier 1954, RO 1954 397 ; Arrêté du Conseil fédéral sur l'état des fonctions dont les titulaires ont qualité de fonctionnaires fédéraux du 5 juin 1964, RO 1965 290 ; Arrêté du Conseil fédéral du 18 octobre 1972 sur l'état des fonctions, RO 1972 2602 ; Ordonnance concernant la classification des fonctions du 15 décembre 1988, RS 1989 684. Cette dernière ordonnance a été abrogée par l'ordonnance concernant l'entrée en vigueur de la loi sur le personnel de la Confédération pour l'administration fédérale, le Tribunal fédéral et les Services du Parlement ainsi que le maintien en vigueur et l'abrogation d'actes législatifs (Ordonnance de mise en vigueur de la LPers pour l'administration fédérale) du 3 juillet 2001 (RO 2001 2197).

837 Ainsi, successivement, pour les fonctionnaires de l'administration générale : l'ordonnance du 26 septembre 1952 sur les rapports de service des fonctionnaires de l'administration générale de la Confédération (Règlement des fonctionnaires I, RF I, RO 1952 675), puis le règlement des fonctionnaires (1) du 10 novembre 1959 (RF 1, RO 1959 1141). Pour les fonctionnaires des chemins de fer fédéraux : l'ordonnance sur les rapports de service des fonctionnaires des chemins de fer fédéraux du 24 octobre 1930 (Règlement des fonctionnaires II, RO 46 662), l'ordonnance sur les rapports de service des fonctionnaires des chemins de fer fédéraux du 26 septembre 1952 (Règlement des fonctionnaires II, RO 1952 715), l'ordonnance sur les rapports de service des fonctionnaires des chemins de fer fédéraux du 10 novembre 1959 (Règlement des fonctionnaires II, RO 1959 1187), le règlement des fonctionnaires (2) du 15 mars 1993 (RF 2, RO 1993 1098). Les conditions de travail des fonctionnaires des services de carrière et des services généraux du Département fédéral des affaires étrangères dont l'engagement a été subordonné à l'acceptation d'une affectation à l'étranger faisaient quant à elles l'objet du règlement des fonctionnaires (3) du 29 décembre 1964 (RF 3, RO 1965 157), qui a abrogé le règlement concernant le personnel des légations du 3 février 1914 (RO 30 41), le règlement consulaire suisse du 26 octobre 1923 (en tant qu'il concerne les rapports de service des fonctionnaires du service extérieur ; RO 39 375), ainsi que le règlement concernant le traitement des fonctionnaires consulaires suisses du 26 octobre 1923 (RO 39 413).

de service des employés et ouvriers de l'administration ont donc été régis par des ordonnances spécifiques[838].

Les rapports de service des fonctionnaires faisaient l'objet des art. 1-61 StF : les art. 1-5 StF définissaient la notion de fonctionnaire (*cf.* art. 1 StF)[839] et exposaient les conditions de la formation des rapports de service (procédure de nomination des fonctionnaires avec mise au concours public préalable de la fonction, critères d'éligibilité, au sein desquels figurait, notamment, la possession de la nationalité suisse et la jouissance d'une « *réputation intacte* » ; *cf.* art. 2-5 StF) ; les art. 6-20 StF traitaient de la « *situation du fonctionnaire en général* », c'est-à-dire, notamment, de la durée de la « *période administrative* » (cette période, qui correspond à la durée de la nomination du fonctionnaire, s'étendait, à l'origine, à 3 ans[840] ; *cf.* art. 6 StF), du lieu d'établissement du fonctionnaire (*cf.* art. 8 al. 1 StF : « *Le fonctionnaire est tenu d'habiter la localité que l'autorité qui nomme lui assigne pour son service. Il ne peut transférer son domicile dans une autre localité qu'avec l'autorisation du service compétent* »), de la durée du travail et des heures de service des fonctionnaires non soumis à la législation concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications (*cf.* art. 10 StF)[841], de l'exercice d'une charge publique (*cf.* art. 14 al. 1 StF : « *Le fonctionnaire ne peut revêtir une charge publique que s'il y est autorisé par le service compétent* ») ou encore des occupations accessoires (l'art. 15 StF dressait une liste des occupations accessoires incompatibles avec la fonction fédérale) ; les art. 21-28 StF recensaient les « *devoirs du fonctionnaire* » (sauvegarde des intérêts de la

838 Ainsi, l'ordonnance sur les rapports de service des employés de l'administration générale de la Confédération du 26 septembre 1952 (Règlement des employés, RO 1952 744) et l'ordonnance sur les rapports de service des ouvriers de l'administration générale de la Confédération du 28 décembre 1950 (Règlement des ouvriers, RO 1950 1593), puis, l'ordonnance sur les rapports de service des employés de l'administration générale de la Confédération du 10 novembre 1959 (Règlement des employés, RO 1959 1221) et l'ordonnance sur les rapports de service des ouvriers de l'administration générale de la Confédération du 10 novembre 1959 (Règlement des ouvriers, RO 1959 1269).

839 Art. 1 StF : « *Est fonctionnaire au sens de la présente loi toute personne nommée en cette qualité par le Conseil fédéral, par un service qui lui est subordonné, par le Tribunal fédéral ou par le Tribunal fédéral des assurances (al. 1). Le Conseil fédéral dresse l'état des fonctions dont les titulaires ont qualité de fonctionnaires. Cet état est soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale (al. 2)* ».

840 Avec effet au 1er janvier 1959, la durée de la période administrative a été portée à 4 ans. *Cf.* Loi fédérale modifiant la loi sur le statut des fonctionnaires du 3 octobre 1958, RO 1959 29 (FF 1958 II 803).

841 D'une manière générale, la législation concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications était réservée (*cf.* art. 10, 50 al. 2 StF). Il s'agissait de la loi fédérale concernant la durée du travail dans l'exploitation des chemins de fer et autres entreprises de transport et de communications du 6 mars 1920 (aLDT), RO 36 791 (FF 1920 I 539), puis, à compter du 28 mai 1972, de la loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT, RS 822.21), loi qui est toujours en vigueur actuellement.

Confédération[842], interdiction de la grève, obligation d'adopter une attitude « *digne de la considération et de la confiance que sa situation officielle exige* », aussi bien en service qu'en dehors du service, et de se comporter « *avec tact et politesse* » dans les rapports de service avec les supérieurs, collègues ou subordonnés et avec le public, interdiction d'accepter des dons, devoir de garder le secret professionnel, *etc.*) ; les art. 29-36 StF étaient consacrés à la violation des devoirs de service et à ses conséquences (responsabilité pour dommage causé, responsabilité disciplinaire et responsabilité pénale) ; les art. 37-51 StF énonçaient les « *droits du fonctionnaire* » (rémunération déterminée sur la base d'une échelle comprenant des classes de traitements et en fonction de l'ancienneté[843], mesures de prévoyance en cas de maladie, d'accidents, d'invalidité, de vieillesse et de décès, vacances et congés[844], certificat de service, *etc.*) ; les art. 52-57 StF traitaient de la modification et de la résiliation des rapports de service (suspension du fonctionnaire de ses fonctions lorsque des raisons de service paraissaient l'exiger, droit du fonctionnaire à une indemnité lorsque son emploi était supprimé au cours de la période administrative et qu'aucune autre place répondant à ses capacités ou aptitudes n'était disponible, fin des rapports de service à l'expiration de la période administrative et obligation de l'autorité de nomination de notifier au fonctionnaire concerné la décision concernant sa non-réélection au plus tard trois mois avant l'expiration de la période administrative, avec indication des motifs, ou encore possibilité de modifier ou de résilier les rapports de service en tout temps pour de justes motifs) ; quant aux art. 58-61 StF, ils exposaient les voies de droit en cas de réclamations découlant des rapports de service (avant de pouvoir recourir auprès d'un organe indépendant, le fonctionnaire devait avoir épuisé la voie du recours hiérarchique ; une procédure de recours interne précédait ainsi le recours judiciaire devant un organe extérieur à l'administration).

Le StF présentait les caractéristiques d'un régime traditionnel de fonction publique : formation des rapports de service par une procédure de nomination ; sécurité de l'emploi et nomination pour une période administrative d'une certaine durée (3-4 ans) ;

---

842 La sauvegarde des intérêts de la Confédération (art. 22 StF) est un devoir fondamental du fonctionnaire. *Cf.* FF 1924 III 1 (97) : « *Le rapport de subordination de droit public domine toute la personnalité du fonctionnaire et lui impose des devoirs que le contrat de droit privé ignore. Si l'Etat veut remplir sa mission et jouir de l'autorité nécessaire, il faut que ses fonctionnaires lui soient fidèles en service et hors du service. Le fonctionnaire n'a donc pas seulement le devoir de remplir consciencieusement les devoirs de sa charge, il doit aussi être fidèle à l'Etat. Le devoir de fidélité implique l'obligation de faire tout ce qui est conforme aux intérêts de l'Etat et de s'abstenir de tout ce qui leur est contraire. Toute l'activité du fonctionnaire doit s'inspirer de cette règle* ».

843 Chaque classe comprenait un traitement minimal et maximal. Au bout d'un certain nombre d'années d'ancienneté, le fonctionnaire obtenait le traitement maximal de la classe à laquelle il appartenait.

844 Ainsi, p. ex., les fonctionnaires de l'administration générale bénéficiaient de 2, 3 ou 4 semaines de vacances payées, en fonction de leur âge et de leur ancienneté (*cf.* art. 57 RF I et 60 RF 1).

rémunération arrêtée sur la base d'une échelle de traitements, selon la fonction et l'ancienneté ; devoir de fidélité accru du fonctionnaire ; octroi de certains privilèges aux fonctionnaires par rapport aux travailleurs du service privé (nombre de semaines de vacances supplémentaires, p. ex. ; *cf.* art. 50 StF et art. 57 RF I, puis art. 60 RF 1) ; prononcé de sanctions administratives à l'encontre du fonctionnaire. Les privilèges dont bénéficient les fonctionnaires par rapport aux travailleurs du secteur privé représentent en quelque sorte une contrepartie de leur devoir accru de fidélité ; originairement, l'octroi de bonnes conditions de travail aux fonctionnaires avait en effet pour but de les inciter à servir le plus fidèlement et le plus loyalement les intérêts de l'Etat et à ne pas céder à l'envie de servir les intérêts privés de certaines personnes influentes[845].

Depuis son entrée en vigueur, le 1er janvier 1928, le StF a subi plus de 20 révisions ; s'il s'agissait de « *réactions isolées à l'évolution du droit privé du travail, à la restructuration de l'administration et des entreprises fédérales, ainsi qu'aux développements intervenus dans le secteur économique et sur le marché du travail* », elles poursuivaient un but commun, celui d'assouplir les rapports de travail[846].

Le StF a été abrogé au début du XXIe siècle, par la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, qui s'approche, à plus d'un titre, de la réglementation du contrat de travail (art. 319-362 CO).

Schéma 15 : Les principales caractéristiques du Statut des fonctionnaires (StF)

1927

Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (StF) du 30 juin 1927

- 1ère codification complète des rapports de travail entre la Confédération et son personnel (véritable statut du personnel)
- Le StF concerne uniquement les « *fonctionnaires* »
- Le StF présente les caractéristiques d'un régime traditionnel de fonction publique
- Le StF **retire les rapports de travail de droit public du champ d'application du Code des obligations** : une application supplétive des règles du CO n'était prévue que dans le domaine de la compensation de créances (art. 46 al. 2 et 48 al. 4 StF).

→ Le StF a été conçu pour être « *le pendant de la réglementation uniforme des rapports de service d'ordre privé consacrée par le code fédéral des obligations* ». *Cf.* FF 1924 III 1 (6)

845 Sur ce point, *cf.* également la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298.
846 FF 1999 II 1421 (1424).

B. Le phénomène de privatisation du droit de la fonction publique

Depuis la fin des années 1990, les régimes traditionnels de la fonction publique sont caractérisés par un phénomène de « *privatisation* », qui consiste en un rapprochement croissant avec le régime du contrat de travail institué par le Code des obligations (art. 319-362 CO)[847]. La tendance est particulièrement marquée au niveau fédéral, où le statut des fonctionnaires de 1927 (StF) a été remplacé par la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000, qui présente de nombreuses similitudes avec la réglementation du contrat de travail (*infra*, 1.)[848]. Si les rapports de travail entre l'Etat et son personnel sont en principe organisés librement par la Confédération, les cantons et les communes (l'art. 342 al. 1 lit. a CO réserve en effet expressément « *les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public* »), les dispositions relatives au contrat de travail (art. 319-362 CO) peuvent s'appliquer à titre de droit public supplétif dans les rapports de travail de droit public (*infra*, 2.). Depuis quelques décennies, l'on assiste également à un recours direct au droit privé pour régir certains rapports de travail au sein d'une entité publique (phénomène de « *privatisation partielle* » ; *infra*, 3.), voire même, plus récemment, pour arrêter les conditions de travail de l'ensemble du personnel d'entités publiques (phénomène de « *privatisation totale* » ; *infra*, 4.). Certains principes jurisprudentiels de droit privé font par ailleurs l'objet d'emprunts par les juges de droit public (*infra*, 5.).

1. La législation sur la fonction publique fédérale : un modèle de forte convergence vers le droit privé

La loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 contient des règles qui se rapprochent fortement de celles qui sont applicables dans le secteur privé (*infra*, a.) ; une révision du 14 décembre 2012 a encore accentué cette convergence du droit de la fonction publique vers le droit privé du travail (*infra*, b.).

---

847 Sur cette problématique, *cf.* la thèse de doctorat « *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique* » rédigée par HÉLOÏSE ROSELLO dans le cadre du projet de recherches « *Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme ?* » lancé par les Professeurs Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon et financé par le Fonds national suisse (FNS). Cet ouvrage devrait paraître en 2016. Sur les différentes significations de la notion de « *privatisation* », *cf.* la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp. 261-264.

848 Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

a) La loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 24 mars 2000 : une loi-cadre tendant à une flexibilisation du droit de la fonction publique

Adoptée sur la base de l'art. 173 al. 2 Cst., la loi fédérale sur le personnel de la Confédération (LPers) est entrée en vigueur le 1er janvier 2001 pour les CFF et le 1er janvier 2002 pour le reste de la Confédération (*cf.* art. 39 et 42 LPers). Elle régit les rapports de travail entre la Confédération et son personnel (*cf.* art. 1 LPers). La LPers « *fixe le cadre dans lequel le Conseil fédéral, les employeurs et les partenaires sociaux peuvent organiser avec souplesse les rapports de travail* » (loi-cadre)[849] ; il s'agit d'un acte législatif concis, qui offre « *un ensemble de normes communes à la totalité du personnel fédéral* », permettant ainsi d'éviter « *l'atomisation du droit du travail de la Confédération* »[850]. La loi est complétée par différentes ordonnances, dont, notamment, l'ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000 (O-cadre LPers)[851], l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers)[852] et l'ordonnance concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 6 décembre 2001 (O-OPers)[853].

La LPers, qui règle aussi bien le statut des fonctionnaires que celui des employés et ouvriers de la Confédération (*cf.* art. 2 LPers)[854], a modernisé les rapports de travail[855] et apporté davantage de souplesse en opérant un rapprochement prononcé entre les règles de droit public et celles contenues dans le Code des obligations[856]. Il s'agit d'une loi-cadre, qui tend à une flexibilisation du droit de la fonction publique, et qui a, notamment :

---

849 Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171 (6175).

850 Message concernant la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 14 décembre 1998, FF 1999 II 1421 (1422).

851 Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération du 20 décembre 2000 (O-cadre LPers), RS 172.220.11 (RO 2001 912).

852 Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers), RS 172.220.111.3 (RO 2001 2206).

853 Ordonnance du Département fédéral des finances (DFF) concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 6 décembre 2001 (O-OPers), RS 172.220.111.31.

854 Le champ d'application de la LPers est donc plus large que celui du StF, qui était limité aux seuls fonctionnaires. En uniformisant le droit du personnel, « *la LPers entend constituer une norme commune pour l'ensemble du personnel de la Confédération et prévenir ainsi l'atomisation du droit public du travail* ». *Cf.* FF 1999 II 1421 (1429).

855 FF 2011 6171 (6172 et 6175) : la LPers a « *jeté les bases de rapports de travail modernes au sein de la Confédération et de ses entreprises* ».

856 *Cf.* FF 1999 II 1421 (1422, 1428-1429 et 1433) : « *Sur le plan matériel, la LPers s'inspire du droit du travail du CO. Le cadre juridique des rapports de travail au sein de la Confédération y est défini de*

- Aboli les automatismes et assoupli les conditions d'engagement : les fonctionnaires sont devenus des employés, la création des rapports de travail est désormais subordonnée à la conclusion d'un contrat et non plus à une procédure de décision administrative, la nomination des fonctionnaires pour une période administrative de quatre ans a été remplacée par un engagement non limité dans le temps et révocable[857], qui repose sur un contrat de travail individuel de droit public et qui est assorti d'une protection renforcée contre le licenciement et d'une grande sécurité de l'emploi, sous condition de mobilité professionnelle[858] (*cf.* art. 8-14 et 19 LPers). Il faut souligner que l'abandon de la procédure de décision administrative au profit de la conclusion d'un contrat de travail de droit public a un impact non négligeable sur les possibilités de modifier les conditions de travail. Si les relations de travail qui naissent d'une décision administrative peuvent être modifiées de manière unilatérale, tel n'est pas le cas des rapports de travail fondés sur un contrat de droit public, qui ne peuvent être amendés que moyennant l'accord des deux parties.

---

façon à ce que les relations entre employeur et employé soient régies de façon équivalente dans les secteurs privé et public ; la LPers rapproche donc autant que possible le droit matériel de la fonction publique de celui du CO. Dans les cas où le CO, conçu pour le secteur privé, ne se prête pas aux rapports de travail au sein de la Confédération, la LPers instaure des normes particulières, qui dérogent au CO. […]. En déclarant l'applicabilité des dispositions pertinentes du CO, l'art. 6, al. 2, LPers entend rapprocher le droit du travail de la fonction publique de celui du secteur privé. Grâce à sa souplesse, le CO offre un cadre juridique qui se prête à l'aménagement des rapports de travail au sein de la Confédération » ; FF 2011 6171 (6172 et 6175) : la LPers « *fixe le cadre dans lequel le Conseil fédéral, les employeurs et les partenaires sociaux peuvent organiser avec souplesse les rapports de travail. La nouveauté essentielle par rapport au statut des fonctionnaires de 1927 tient à ce que le code des obligations (CO) s'applique en principe si la LPers ne prévoit pas de dérogation pour les rapports de travail au sein de la Confédération* ».

857 Des contrats de durée déterminée sont également possibles (*cf.* art. 9 LPers). Si, à l'origine, leur durée ne pouvait excéder 5 ans (*cf.* art. 9 al. 2 LPers dans sa teneur au moment de son entrée en vigueur ; RO 2001 894), celle-ci a été abaissée à 3 ans avec effet au 1er juillet 2013. Au-delà de cette durée, les rapports de travail sont réputés de durée indéterminée.

858 *Cf.* FF 1999 II 1421 (1429) : « *la Confédération doit rester un employeur fiable. La protection contre le licenciement arbitraire pourvoit à la sécurité de l'emploi. Les licenciements sont en principe possibles en cas d'insuffisance dans les prestations ou de diminution de la demande en personnel. Ils doivent être justifiés et sont attaquables. En contrepartie toutefois, on exige du personnel qu'il soit mobile* ». Nous relèverons que dans sa teneur au moment de son entrée en vigueur, l'art. 12 al. 6 LPers (RO 2001 894) renfermait une liste exhaustive des motifs autorisant l'employeur à mettre un terme à la relation de travail ; lorsque la résiliation ne reposait pas sur un tel motif, l'employé devait en principe être réintégré (*cf.* art. 14 LPers, dans sa teneur au moment de son entrée en vigueur ; RO 2001 894). La révision de la LPers du 14 décembre 2012 a notamment eu pour effet de supprimer le caractère exhaustif de la liste des motifs de résiliation et de remplacer le principe de la réintégration par le versement d'une indemnité (infra, b)).

- Axé le système salarial sur les prestations et le marché : désormais, le salaire ne dépend plus uniquement de la fonction, mais également de l'expérience de l'employé et de ses prestations (*cf.* art. 15 al. 1 LPers) ;
- Encouragé le partenariat social à travers la possibilité de signer des conventions collectives de travail (*cf.* art. 33 et 38 LPers)[859].

Le remplacement du StF par la LPers marque également le passage d'une réglementation exhaustive et rigide à une loi-cadre : en ce qu'elle se limite à arrêter les principes généraux, la LPers offre ainsi une marge de manœuvre importante aux différents employeurs étatiques et partenaires sociaux pour adapter les conditions de travail au secteur concerné et à la fonction exercée via l'adoption de dispositions d'exécution et/ou la conclusion de conventions collectives de travail[860]. Compte tenu de ce qui précède, de nombreuses ordonnances spéciales régissent les conditions de travail de certaines catégories particulières de personnel[861].

Nous relèverons encore que depuis l'entrée en vigueur de la LPers, le personnel de l'Etat n'est plus soumis à une interdiction générale de faire grève (*cf.* art. 23 StF : « *Il est interdit au fonctionnaire de se mettre en grève et d'y inciter d'autres fonctionnaires* »). Soumettre les employés de l'Etat à une telle interdiction serait en effet contraire à la nouvelle Constitution fédérale (*cf.* art. 28 al. 3-4 Cst.)[862]. Ainsi, pour respecter le cadre constitutionnel, la LPers n'autorise le Conseil fédéral à limiter ou à supprimer le droit de grève que pour certaines catégories d'employés et uniquement dans la mesure où « *la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent* » (art. 24 al. 1 LPers)[863].

---

859 Une convention collective de travail arrête, par exemple, les conditions de travail du personnel des CFF. *Cf.* Convention collective de travail 2015 (CCT CFF) conclue le 9 décembre 2014 entre les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF), d'une part, et le Syndicat du personnel des transports (SEV), transfair – Le syndicat, le Syndicat suisse des mécaniciens de locomotive et aspirants (VSLF) et l'Association des cadres des transports publics (ACTP), d'autre part.

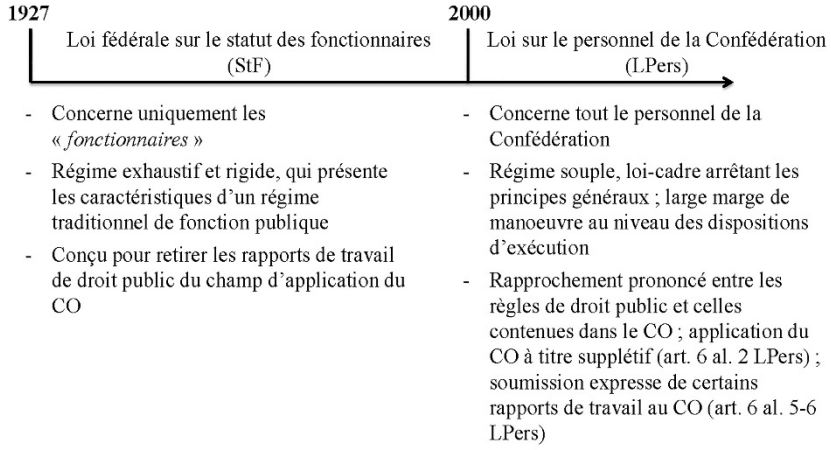
860 Sur ce point, *cf.* MAHON/ROSELLO, p. 12.

861 *Cf.*, p. ex., Ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral du 27 août 2001 (OPersTF), RS 172.220.114 ; Ordonnance sur le personnel affecté à la promotion de la paix, au renforcement des droits de l'homme et à l'aide humanitaire (OPers-PDHH), RS 172.220.111.9.

862 Sur ce point, *cf.* ANDERMATT, n^os^ 108-109, pp. 47-48.

863 Sur la base de cette compétence, le Conseil fédéral a adopté l'art. 96 OPers, qui interdit l'exercice du droit de grève aux catégories de personnel qui remplissent des tâches essentielles pour la protection de la sécurité de l'Etat, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou pour la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux. Sur cette disposition, ainsi que sur la possibilité des Cantons de restreindre le droit de grève dans les services indispensables, *cf.* ANDERMATT, n^o^ 111, pp. 48-49.

Schéma 16 : Les principales différences présentées par le StF et la LPers



b) La révision de la LPers du 14 décembre 2012 : un pas supplémentaire en direction du droit privé

Dans le dessein de permettre à la Confédération, en sa qualité d'employeur, de « *répondre durablement aux exigences du marché du travail et d'améliorer sa compétitivité* »[864], le Conseil fédéral a chargé, le 7 septembre 2005, un groupe de travail dirigé par le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'élaborer « *un projet de simplification du droit du personnel et de réduction de la densité normative* » ; à cette occasion, « *la révision de la LPers et son remplacement par le CO* » ont été discutés[865]. Le Conseil fédéral a finalement opté pour une révision partielle de la LPers[866] ; celle-ci a été acceptée par le

[864] FF 2011 6171 (6172).

[865] FF 2011 6171 (6175). *Cf.* aussi Réponse du Conseil fédéral du 16 mars 2007 à la Question « *Engagement du personnel de la Confédération soumis au Code des obligations ?* » (Qu. 06.1036 ; Franziska Teuscher) du 24 mars 2006 : « *Dans le cadre de la réforme de l'administration, le Conseil fédéral a examiné la possibilité de soumettre l'engagement du personnel fédéral au Code des obligations, à titre de variante. Il est apparu que cette solution entraînerait des simplifications, mais qu'elle présenterait également des inconvénients de taille. Comme le but visé, à savoir une plus grande souplesse et une procédure plus rapide en cas de transformation ou de résiliation des rapports de travail, peut être atteint en adaptant la loi sur le personnel de la Confédération, le Conseil fédéral a renoncé à poursuivre l'examen d'un passage au Code des obligations. La loi sur le personnel de la Confédération est dans l'ensemble une bonne base pour traiter les questions relatives au personnel fédéral* ».

[866] La révision partielle de la LPers s'inscrit dans le cadre de la « *Stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015* », qui a été adoptée le 10 décembre 2010 par le

Parlement en date du 14 décembre 2012 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2013[867]. La révision de la LPers a encore intensifié le rapprochement entre le droit de la fonction publique et les règles du Code des obligations[868], puisqu'elle a conféré aux employeurs et aux employés une plus grande marge de manœuvre et davantage de souplesse, en particulier, dans le domaine de la dissolution des rapports de travail, où la réintégration au poste de travail est devenue l'exception (la réintégration n'est désormais possible qu'en présence d'une résiliation des rapports de travail qui enfreint gravement le droit en vigueur, comme il en va, par exemple, en cas de résiliation en temps inopportun ou de licenciement abusif ou discriminatoire ; *cf.* art. 34*c* LPers) ; le principe est dorénavant similaire à celui qui a cours en droit privé et oblige l'employeur à verser une indemnité (correspondant au minimum à six mois de salaire et au maximum à un salaire annuel ; *cf.* art. 34*b* LPers)[869]. La révision a également rapproché la réglementation du temps d'essai à celle du Code des obligations (art. 8 al. 2 LPers) et introduit une simplification des procédures de recours (la procédure de recours interne a été supprimée, de sorte que les litiges relevant du droit du travail de la Confédération sont soumis, en première instance, au Tribunal administratif fédéral ; *cf.* art. 36 LPers).

2. L'applicabilité à titre subsidiaire des règles du Code des obligations dans la fonction publique

Conformément à l'art. 342 al. 1 lit. a CO, les rapports de travail entre les collectivités publiques et leur personnel ne sont pas soumis aux dispositions du Code des obligations (à l'exception, toutefois, des art. 331 al. 5 et 331*a*-331*e* CO, relatifs à la prévoyance en faveur du personnel, qui s'appliquent directement dans la fonction publique) et peuvent donc être organisés librement par la Confédération, les cantons et les communes. Les art. 319-362 CO ne sont en effet « *applicables qu'à titre subsidiaire, en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci le prévoit* »[870].

Conseil fédéral et qui tend à un accroissement de l'efficacité de l'administration fédérale. Sur la genèse de la révison de la LPers du 12 décembre 2012, *cf.* FF 2011 6171 (6175-6176).

867 Loi sur le personnel de la Confédération (LPers), modification du 14 décembre 2012, RO 2013 1493 ; Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (Ordonnance-cadre LPers), modification du 1er mai 2013, RO 2013 1511 ; Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers), modification du 1er mai 2013, RO 2013 1515. *Cf.* aussi Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171. Au sujet de cette révision, *cf.* également MAHON/ROSELLO, pp. 10-27.

868 FF 2011 6171 (6172) : la révision partielle de la LPers a permis « *de moderniser les rapports de travail et de les rapprocher du code des obligations* ».

869 *Cf.* FF 2011 6171 (6172-6173 et 6176-6177).

870 ATF 138 I 232, c. 6.1. *Cf.* aussi ATF 139 I 57, c. 5.1.

La LPers, par exemple, prévoit expressément l'applicabilité, à titre supplétif, du Code des obligations dans les rapports de travail au sein de la Confédération (*cf.* art. 6 al. 2 LPers : « *Si la présente loi et d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement, les dispositions pertinentes du code des obligations (CO) s'appliquent par analogie aux rapports de travail* »)[871]. L'art. 6 al. 3 LPers, qui précise que les dispositions d'exécution (art. 37 LPers) – en particulier la convention collective de travail (art. 38 LPers) et le contrat de travail (art. 8 LPers) –, réglementent en détail les rapports de travail dans les limites de l'art. 6 al. 2 LPers, va plus loin, puisqu'il pose le principe selon lequel le Code des obligations « *constitue un cadre minimal, en dessous duquel les dispositions d'exécution ne sauraient aller* »[872]. Cet art. 6 al. 3 LPers ne concerne toutefois que les dispositions d'exécution, de sorte que la LPers peut tout à fait s'écarter de la réglementation découlant des art. 319-362 CO en défaveur de son personnel.

Si le droit de la fonction publique est « *en général globalement plus favorable* » au régime mis en place par le Code des obligations, rien ne s'oppose, cependant, à ce qu'il comporte, par rapport à celui-ci, « *des contraintes plus sévères sur certains points* »[873]. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2013, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le droit de la fonction publique neuchâtelois[874], qui n'institue pas de protection contre le congé en cas de grossesse de la titulaire de fonctions publiques engagée pendant une période probatoire de deux ans, n'est pas entaché d'une lacune (proprement dite) ; le législateur neuchâtelois s'étant volontairement abstenu d'introduire une protection contre le licenciement en temps inopportun, le juge ne saurait être habilité à intervenir et à faire une application analogique

---

871 FF 2011 6171 (6172) : La LPers « *fixe le cadre dans lequel le Conseil fédéral, les employeurs et les partenaires sociaux peuvent organiser avec souplesse les rapports de travail. La nouveauté essentielle par rapport au statut des fonctionnaires de 1927 tient à ce que le code des obligations (CO) s'applique en principe si la LPers ne prévoit pas de dérogation pour les rapports de travail au sein de la Confédération* ». *Cf.* aussi FF 1999 II 1421 (1428 et 1433) : « *Sur le plan matériel, la LPers s'inspire du droit du travail du CO. Le cadre juridique des rapports de travail au sein de la Confédération y est défini de façon à ce que les relations entre employeur et employé soient régies de façon équivalente dans les secteurs privé et public ; la LPers rapproche donc autant que possible le droit matériel de la fonction publique de celui du CO. Dans les cas où le CO, conçu pour le secteur privé, ne se prête pas aux rapports de travail au sein de la Confédération, la LPers instaure des normes particulières, qui dérogent au CO. […]. En déclarant l'applicabilité des dispositions pertinentes du CO, l'art. 6, al. 2, LPers entend rapprocher le droit du travail de la fonction publique de celui du secteur privé. Grâce à sa souplesse, le CO offre un cadre juridique qui se prête à l'aménagement des rapports de travail au sein de la Confédération* ».

872 MAHON/ROSELLO, pp. 13 et 26.

873 ATF 139 I 57, c. 5.1. *Cf.* aussi ATF 138 I 232, c. 6.1 ; TF, arrêt 2P.121/2005 du 19 juillet 2005, c. 4.2.

874 Loi sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel du 28 juin 1995 (LSt-NE), RSN 152.510.

de l'art. 336*c* al. 1 lit. c CO dans les rapports de travail entre l'Etat et son personnel[875]. Etant donné que les art. 319-362 CO ne sont applicables qu'à titre subsidiaire (en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci le prévoit), le droit fédéral ne saurait obliger les cantons à « *régler la résiliation en temps inopportun pendant la grossesse de la même manière que l'art. 336c al. 1 let. c CO* »[876].

Le Tribunal fédéral a encore indiqué que l'application du droit privé à titre de droit supplétif « *n'oblige en principe pas le juge administratif à interpréter les normes concernées comme elles le sont en droit privé* », d'où la possibilité de celui-ci de « *tenir compte des spécificités du droit public* »[877]. En outre, lorsqu'un statut de droit cantonal prévoit que les règles du Code des obligations sont applicables à titre supplétif, celles-ci sont considérées comme relevant du droit cantonal, « *de sorte que le Tribunal fédéral ne peut en contrôler l'application que sous l'angle restreint de l'arbitraire ou d'autres droits constitutionnels en fonction des griefs invoqués* »[878] (*cf.* art. 106 al. 2 LTF).

3. La soumission au droit privé de certains rapports de travail au sein d'une entité publique

Si la Constitution fédérale n'impose pas de soumettre les relations de travail nouées entre l'Etat et son personnel au droit public, il existe cependant une présomption selon laquelle le droit public est applicable lorsqu'une autorité est partie à ladite relation[879]. Cette présomption, qui se fonde sur « *la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit* privé », ne s'oppose toutefois pas à ce que certains rapports de travail soient soumis au droit privé[880]. L'art. 6 al. 5-6 LPers autorise d'ailleurs expressément le Conseil fédéral et les employeurs à soumettre directement certains rapports de travail au Code des obligations lorsque cette mesure se justifie. Cette possibilité, que l'on qualifie de « *privatisation partielle* » du droit de la fonction

875 ATF 139 I 57.

876 ATF 139 I 57, c. 5.1.

877 ATF 139 I 57, c. 5.1. *Cf.* aussi ATF 138 I 232, c. 6.1 ; TF, arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009, c. 3.2.

878 ATF 138 I 232, c. 2.4. *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_736/2015 du 22 février 2016, c. 2.1 ; ATF 140 I 320, c. 3.3. *Cf.* aussi TF, arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009, c. 3.2 ; ATF 126 III 370, c. 5.

879 TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, c. 5.2 : la Constitution fédérale « *ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques* ». *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.2 ; TF, arrêt 2P.151/2005 du 9 février 2006, c. 5 ; TF, arrêt 2P.136/2005 du 14 décembre 2005, c. 3.1.2.

880 TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, c. 5.2. *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.2.

publique[881], qui avait déjà reçu l'aval du Tribunal fédéral sous l'empire du StF[882], est limitée à des catégories particulières de travailleurs, comme il en va, notamment, du personnel auxiliaire, des travailleurs à domicile et des stagiaires (*cf.* art. 5 O-cadre LPers). Les cantons et les communes engagent également certains de leurs employés sur la base de contrat de travail de droit privé[883]. Lorsque les relations entre l'Etat et ses employés sont soumises au droit privé, les art. 319-362 CO sont applicables en lieu et place de la législation sur la fonction publique fédérale (art. 1 al. 2 lit. a OPers) et les litiges découlant des rapports de travail sont du ressort des tribunaux civils (*cf.* art. 6 al. 7 LPers). Les travailleurs au bénéfice de rapports de travail de droit privé sont en outre intégralement soumis aux règles de la LTr, le statut de la fonction publique ne pouvant déroger auxdites prescriptions qu'en faveur des travailleurs (*cf.* art. 7 al. 2 OLT 1).

L'élément décisif pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public est « *le contenu réel du rapport de droit* », de sorte que la qualification juridique utilisée par les parties n'est pas déterminante[884]. A ce propos, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'une requalification « *peut se justifier s'il apparaît que la réglementation applicable ne laisse pas de place au droit privé ou que les conditions posées pour qu'il soit possible d'y recourir ne soient pas réalisées* »[885]. Le principe de l'égalité de traitement commande également de requalifier le rapport de travail en rapport de droit public lorsqu'il n'existe « *aucune raison objective de faire coexister des statuts différents (de droit privé et de droit public)* » ; il importe alors, dans de tels cas, « *de ne pas laisser subsister des situations non conformes à la Constitution fédérale* »[886]. Pour être autorisée, la soumission des rapports de travail de certaines catégories du personnel étatique au droit privé doit respecter deux conditions : elle doit reposer sur une base légale formelle et respecter le principe de l'égalité de traitement[887]. Une troisième condition, afférente à la nature de la tâche accomplie par l'employé (tâches d'intérêt public liées ou non « *au bon fonctionnement de la collectivité* » au point de ne pouvoir « *être confiées*

881 Sur cette notion, *cf.* la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp. 265-270.

882 *Cf.*, p. ex., ATF 118 II 213, c. 3.

883 Pour un exemple au niveau communal, *cf.*, TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015 (engagement d'un employé communal, en qualité de responsable de la déchetterie, sur la base d'un contrat de travail de droit privé).

884 TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, c. 5.2. *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.3 ; TF, arrêt 2P.151/2005 du 9 février 2006, c. 5 ; TF, arrêt 2P.136/2005 du 14 décembre 2005 c. 3.1.1.

885 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.

886 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.

887 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.3-4.2.5. *Cf.* aussi ATF 118 II 213, c. 3. *Cf.* également la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp. 265-267 ; TANQUEREL, pp. 69-73.

qu'à une personne soumise à un statut de droit public ») paraît également ressortir de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral[888].

Nous relèverons finalement que lorsqu'une tâche publique est exercée par une personne morale de droit privé (une caisse-maladie, p. ex. ; *cf.* art. 12 al. 1 LAMal), les relations entre celle-ci et son personnel demeurent soumises au droit privé du contrat de travail[889].

4. La soumission au droit privé de l'ensemble du personnel d'entités publiques

Depuis quelques années, on perçoit également un phénomène de « *privatisation totale* » du droit de la fonction publique, qui se manifeste par la soumission de l'ensemble du personnel d'entités de l'administration décentralisée au droit privé[890].

Au niveau fédéral, compte tenu que la LPers permet de soustraire les unités administratives décentralisées à son application (*cf.* art. 1 al. 1 lit. e LPers : la LPers s'applique au personnel « *des unités administratives décentralisées visées à l'art. 2, al. 3, LOGA, si les lois spéciales n'en disposent pas autrement* »), des entreprises comme la Poste Suisse[891], la Banque nationale suisse (BNS)[892], Swisscom[893] ou encore la CNA[894] voient les rapports les liant à leurs employés être soumis au Code des obligations[895]. Toutes les entreprises de

888 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.6. Au sujet de la pertinence de cette troisième condition, *cf.* la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp. 267-270.

889 TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, c. 5.2.

890 Sur ce phénomène, *cf.* TANQUEREL, pp. 51-55. *Cf.* aussi la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp 270-272.

891 *Cf.* art. 9 de la loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse du 17 décembre 2010 (LOP), RS 783.1.

892 Loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (LBN), RS 951.11.

893 *Cf.* art. 16 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (LET), RS 784.11.

894 La modification de la LAA du 25 septembre 2015 (Organisation et activités accessoires de la CNA ; FF 2015 6519), qui devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2017, va introduire un art. 65*b* LAA, à teneur duquel « *Le personnel de la CNA est engagé conformément au CO* » (*cf.* art. 65*b* al. 1 LAA). Avant l'entrée en vigueur de cette modification, le personnel de la CNA était toutefois déjà soumis au droit privé. *Cf.* l'art. 18 du Règlement concernant l'organisation de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents du 14 juin 2002 (RS 832.207) : « *Le statut juridique du personnel de la CNA est réglé par les règlements du Conseil d'administration et, le cas échéant, par des contrats spéciaux ; il est réglé au surplus par le code des obligations* »). *Cf.* également Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents ; organisation et activités accessoires de la CNA) du 30 mai 2008, FF 2008 4877 (4937).

895 Pour un aperçu de la réglementation du personnel des entités de l'administraton fédérale décentralisée (soumission au CO ou à la LPers), *cf.* Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le

l'administration fédérale décentralisée ne suivent cependant pas cette voie puisque les conditions de travail des employés des Chemins de fer fédéraux suisses (CFF)[896], de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC)[897] et des écoles polytechniques fédérales (EPF)[898], notamment, demeurent régies par la LPers. Dans certaines autres entités de l'administration fédérale décentralisée, les rapports de travail ne sont régis ni par le Code des obligations, ni par la LPers, mais par un statut de droit public spécial. Tel est le cas, par exemple, du personnel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA)[899], de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic)[900] ou de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI)[901], dont les conditions de travail font l'objet d'une réglementation spéciale.

Si l'adoption de statuts du personnel de droit public spéciaux et distincts de la LPers permet à l'entité concernée de disposer d'une réglementation adaptée à ses besoins, cette solution présente l'inconvénient d'entraîner « *une dispersion croissant[e] du droit public du travail* » ; cet éclatement du droit public, qui remet en question la « *fonction de coordination de la LPers* », n'est pas « *favorable à la sécurité juridique, empêche l'application d'une politique du personnel cohérente et coordonnée et complique sensiblement l'uniformité de la gestion et du contrôle* »[902]. Le choix de soumettre l'ensemble du personnel d'une entité administrative décentralisée au droit privé, en revanche, présente l'avantage de ne pas contribuer à « *morceler le droit public du travail* », puisque, dans ce cas, les conditions de travail du personnel obéissent alors aux règles du Code des obligations[903].

---

gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national du 25 mars 2009, FF 2009 2299 (2321-2336).

896 *Cf.* art. 15 de la loi fédérale sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998 (LCFF), RS 742.31. *Cf.* aussi art. 2 al. 1 lit. d LPers. Les filiales des CFF, telle CFF Cargo SA, par exemple, sont toutefois des entités dans lesquelles l'ensemble du personnel est soumis au droit privé. *Cf.* ATF 135 III 483.

897 *Cf.* art. 9 al. 2 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé du 6 octobre 1978, RS 425.1.

898 *Cf.* art. 17 al. 2 de la loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales du 4 octobre 1991, RS 414.110. En revanche, l'art. 17*a* de cette loi soumet les rapports de travail des chargés de cours externes à un contrat de travail au sens du Code des obligations.

899 *Cf.* Ordonnance sur le personnel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 11 août 2008, approuvée par le Conseil fédéral le 27 août 2008 (Ordonnance sur le personnel FINMA), RS 956.121.

900 *Cf.* Ordonnance sur le personnel de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 28 septembre 2001, RS 812.215.4.

901 Ordonnance sur le statut du personnel de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle du 30 septembre 1996 (OPer-IPI), RS 172.010.321.

902 FF 2009 2299 (2329-2331).

903 FF 2009 2299 (2330-2331).

Bien qu'actuellement, la décision de soumettre les relations de travail au Code des obligations, à la LPers ou à un statut spécial « *repose généralement sur des considérations spécifiques au cas, faute de critères d'appréciation et de décision uniformes* », le Conseil fédéral estime que des « *critères précis et uniformes* » devraient être définis et que « *la relation entre le statut du personnel, le type de tâche à accomplir, y compris la forme de l'action et la responsabilité ainsi que le financement de l'entité* » devraient entrer en ligne de compte[904].

Afin d'éviter le morcellement du droit public du travail, le Conseil fédéral préconise « *d'opérer une répartition claire des types de statuts du personnel en fonction des tâches à accomplir* »[905]. Ainsi, un statut du personnel de droit public (application de la LPers, ainsi que de dispositions d'exécution spécifiques à l'entreprise) devrait être appliqué dans les « *entités chargées de la surveillance de l'économie et de la sécurité, étant donné que l'activité de surveillance est une tâche classique de la Confédération et que ces entités agissent de manière souveraine, dans le cadre du droit public* », ainsi que dans les « *entités qui fournissent des prestations à caractère monopolistique* » et qui agissent également dans le cadre du droit public, et parfois souverainement, puisque leurs prestations ne sont généralement pas commercialisables ; à l'inverse, les entités qui « *fournissent de façon prépondérante des prestations sur le marché* » devraient opter pour un statut du personnel de droit privé (application du Code des obligations et adoption d'un règlement du personnel tenant compte de la situation spécifique de l'entité)[906].

La nature de la tâche semble donc constituer le critère pertinent pour déterminer si l'ensemble du personnel d'une entité publique peut ou non être soumis au droit privé.

5. L'application de principes de droit privé dans la fonction publique

Nous avons vu que des principes de droit public sont susceptibles d'être appliqués dans les relations de travail nouées entre particuliers, par le jeu de l'interprétation des règles sur la protection de la personnalité du travailleur (art. 328-328*b* CO ; *supra*, III., C., 1.). L'inverse, soit le recours à des principes de droit privé dans la fonction publique, est également une réalité. Les Cours de droit public du Tribunal fédéral admettent en effet que certains « *principes dégagés par la jurisprudence du droit privé […] peuvent être*

904 FF 2009 2299 (2328-2329).

905 FF 2009 2299 (2331).

906 FF 2009 2299 (2331-2333). Sur ce point, *cf.* aussi la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278, pp. 270-272.

appliqués par analogie au droit de la fonction publique »[907]. Tel est le cas, notamment, des principes jurisprudentiels qui encadrent la résiliation immédiate du contrat de travail et qui subordonnent la licéité d'une telle mesure à la présence de justes motifs, puisque la notion de « *justes motifs* », dont les contours ont été définis par la jurisprudence du droit privé[908], a été transposée en droit de la fonction publique[909]. Le juge de droit public s'est aussi référé, notamment, aux principes développés par le juge de droit privé dans les domaines de l'admissibilité des « *contrats en chaîne* »[910], du calcul de la valeur litigieuse en cas de litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail (art. 330*a* CO)[911] ou de la possibilité de l'employeur d'exprimer des réserves au sujet du comportement du travailleurs dans un certificat de travail (art. 330*a* CO)[912]. Dans différents arrêts, le Tribunal fédéral a également jugé, en se fondant sur le fait qu'une collectivité publique peut être touchée de façon analogue à un employeur privé dans les contestations pécuniaires relevant du droit de la fonction publique, que la qualité pour recourir peut lui être reconnue dans le cadre de l'art. 89 al. 1 LTF[913]. Le dernier exemple que nous mentionnerons a trait au devoir de l'employeur privé de protéger la personnalité du travailleur. Le Tribunal fédéral a en effet admis, à plusieurs reprises, qu'un devoir similaire à celui découlant de l'art. 328 CO incombe à l'employeur public[914].

---

907 TF, arrêt 8C_873/2010 du 17 février 2011, c. 7.2. *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_243/2015 du 17 mars 2016, c. 5.3 ; TF, arrêt 8C_170/2009 du 25 août 2009, c. 4.2.2 ; TF, arrêt 1C_142/2007 du 13 septembre 2007, c. 6.4.

908 *Cf.*, p. ex., ATF 130 III 28, c. 4.1 ; ATF 130 III 213, c. 3.1 ; ATF 129 III 380, c. 2 ; ATF 127 III 351, c. 4a.

909 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 8C_243/2015 du 17 mars 2016 ; TF, arrêt 8C_873/2010 du 17 février 2011 ; TF, arrêt 8C_170/2009 du 25 août 2009 ; TF, arrêt 1C_142/2007 du 13 septembre 2007.

910 TF, arrêt 1C_450/2007 du 26 mars 2008, c. 4.1.

911 TF, arrêt 8C_151/2010 du 31 août 2010.

912 *Cf.* TF, arrêt 8C_243/2015 du 17 mars 2016, c. 7.2 : dans cet arrêt, la I^ère^ Cour de droit social s'est référée à une jurisprudence rendue par la I^ère^ Cour de droit civil (ATF 136 III 510, c. 4.1), qui autorise l'employeur à mentionner une maladie de l'employé dans un certificat de travail selon l'art. 330*a* al. 1 CO « *lorsqu'elle a remis en question l'aptitude du travailleur à exécuter sa tâche au service de l'employeur et qu'elle a constitué la cause de la résiliation du contrat de travail* ».

913 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 8C_269/2013 du 25 février 2014, c. 1.2 ; TF, arrêt 1C_88/2007 du 26 novembre 2008, c. 1.2 ; ATF 134 I 204, c. 2.3.

914 TF, arrêt 8C_340/2009 du 24 août 2009, c. 4.3.2 : « *Gleich wie den privaten (Art. 328 OR) trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht* ». *Cf.* aussi TF, arrêt 8C_895/2015 du 8 mars 2016, c. 3.2 ; TF, arrêt 8C_334/2015 du 19 août 2015, c. 4.2.

C. Le droit de la fonction publique : un régime toujours distinct du droit privé du travail

Si le droit du personnel de la Confédération a tendance à se rapprocher de la réglementation du contrat de travail découlant du Code des obligations, des différences subsistent encore entre ces deux ordres[915]. Ainsi, la procédure à suivre en cas de litiges liés aux relations de travail diffère selon que les rapports de travail sont soumis au droit privé ou au droit de la fonction publique. Autre exemple, les employés de l'administration fédérale bénéficient de certains privilèges par rapport aux employés du secteur privé (droit à un congé de maternité de 16 semaines assorti du versement du plein salaire dès la deuxième année de service[916], droit à un congé d'adoption rémunéré de 2 mois[917], congé de paternité rémunéré de 10 jours[918], droit de demander une réduction du taux d'occupation suite à une naissance ou une adoption[919], possibilité de prendre un congé sabbatique payé[920], droit à des vacances d'une plus longue durée que celle arrêtée par le Code des obligations[921], *etc.* ; *cf.* art. 9 O-cadre LPers, art. 60-61 et 67 OPers, art. 34 et 40 O-OPers, *etc.*). Il est également toujours moins aisé de mettre un terme aux rapports de travail au sein de l'administration fédérale que dans le secteur privé : d'une part, l'employeur ne peut résilier un contrat de travail que pour des « *motifs objectifs suffisants* » (*cf.* art. 10 al. 3 LPers) ; d'autre part, il reste tenu de respecter les principes constitutionnels supérieurs tels que les principes de l'égalité, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité. En outre, en cas de résiliation du contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, la LPers prévoit toute une série de

915 Pour un aperçu des principales différences qui existent encore entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, *cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298, pp 288-293.

916 Dans le secteur privé, la durée du congé de maternité est de 14 semaines (art. 329*f* CO) et les allocations de maternité (versées également pendant 14 semaines) couvrent le 80 % du salaire (*cf.* art. 16*b*-*h* de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952, RS 834.1).

917 Le congé d'adoption rémunéré est une institution inconnue du droit privé fédéral.

918 Le Code des obligations ne régit pas spécifiquement le congé de paternité. Il s'agit d'un « *congé usuel* » au sens de l'art. 329 al. 3 CO, c'est-à-dire d'un congé accordé en raison, notamment, d'« *événements sociaux* » (mariage du travailleur, décès de proches parents, adoption ou naissance, *etc.*), rémunéré sur la base de l'art. 324*a* CO, et dont la durée oscille généralement entre 1 et 2 jours.

919 Le Code des obligations ne prévoit pas un tel droit.

920 Le Code des obligations ne prévoit pas un tel droit.

921 Les employés de l'administration fédérale ont droit, en règle générale, à 5 semaines de vacances par année civile ; cette durée est augmentée en fonction de l'âge du travailleur (6 semaines de vacances pour les travailleurs âgés de moins de 20 ans ou de plus de 50 ans, respectivement 7 semaines de vacances dès l'âge de 60 ans ; *cf.* art. 67 OPers). Dans les rapports de travail soumis au droit privé, la durée normale minimale des vacances annuelles est de 4 semaines (cette durée s'élève à 5 semaines au moins pour les travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus ; *cf.* art. 329*a* al. 1 CO).

mesures de soutien dans la transition professionnelle (recyclage, replacement externe, recherche d'emploi, *etc.* ; *cf.* art. 19 et 31 LPers).

Il semble que certains privilèges ont même tendance à s'accroître. Ainsi, par exemple, si à l'origine, la LPers se limitait à accorder le droit à un congé de maternité et à un congé de paternité, la révision partielle du 14 décembre 2012 a introduit la base légale pour un congé parental[922] et un congé d'adoption (introduction des art. 17*a* al. 4 LPers, 9 al. 3-4 O-cadre LPers et 60*a* OPers, notamment) ; la révision a également permis de porter la durée du congé de paternité de 2 à 10 jours[923].

Si plusieurs motions ont été déposées ces dernières années afin de demander l'abolition des privilèges accordés au personnel de la Confédération, en requérant un alignement du droit des employés de l'administration fédérale sur le Code des obligations, aucune d'entre elles n'a passé la rampe du Parlement[924]. En réponse à l'une de ces motions, le Conseil fédéral a insisté sur le fait que l'administration fédérale « *dispose de l'une des lois les plus libérales d'Europe en ce qui concerne le personnel des établissements de droit public* »,

[922] Bien qu'il existe, depuis le 1er juillet 2013, une base légale spécifique régissant le congé parental (*cf.* art. 17*a* al. 4 LPers : « *Le Conseil fédéral fixe le nombre minimal de jours de vacances et la durée minimale du congé parental en cas de naissance ou d'adoption* »), aucune disposition d'exécution n'a érigé le congé parental en un congé distinct des congés standards soumis aux art. 17*a* al. 1 LPers (jusqu'au 30 juin 2013 : art. 17 al. 1 LPers) et 68 OPers. Les collaborateurs qui souhaitent interrompre momentanément leur activité professionnelle afin de s'occuper de leur enfant durant les premiers mois suivant sa naissance, bénéficient ainsi uniquement de la possibilité de demander un congé standard payé, partiellement payé ou non payé (art. 17*a* al. 1 LPers). La demande d'un tel congé, qui doit être motivée (art. 68 al. 1 OPers), est examinée par l'autorité compétente en tenant compte des raisons invoquées par l'intéressé et de sa situation professionnelle (art. 68 al. 2 OPers) ; l'art. 68 al. 3 OPers précise que les congés accordés ne peuvent dépasser 3 ans. La révision entrée en vigueur le 1er juillet 2013 a toutefois eu pour effet l'introduction d'un art. 60*a* OPers, à teneur duquel, après la naissance ou l'adoption d'un enfant, les parents ont droit à une réduction de leur taux d'occupation de 20 % au plus, pour autant que celui-ci ne devienne pas inférieur à 60 % ; ce droit doit être exercé dans les 12 mois qui suivent la naissance ou l'adoption de l'enfant et débute, au plus tard, le premier jour qui suit l'expiration de ce délai de 12 mois.

[923] La durée du congé de paternité a passé de 2 jours de travail (*cf.* art. 40 al. 3 lit. b O-OPers, dans sa teneur en vigueur du 1er janvier 2002 au 31 décembre 2007 ; RO 2001 3198), à 5 jours dès le 1er janvier 2008 (RO 2007 6629), puis à 10 jours à compter du 1er juillet 2013 (RO 2013 1605). *Cf.* également Modification de l'O-OPers du 26 novembre 2013, RO 2013 4401.

[924] Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le code des obligations* » (Mo. 15.3785 ; Peter Föhn), déposée le 19 juin 2015 et rejetée par le Conseil des Etats le 23 septembre 2015 ; Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le Code des obligations* » (Mo. 04.3543 ; Bruno Zuppiger), déposée le 7 octobre 2004 et classée après avoir été en suspens depuis plus de deux ans.

qui reprend, « *dans une large mesure* », le Code des obligations[925]. Il a également indiqué que les privilèges dont bénéficie le personnel de l'Etat fédéral peuvent aisément être étendus aux travailleurs de l'économie privée grâce, notamment, aux conventions collectives et contrats individuels de travail[926]. La réglementation du contrat de travail découlant du Code des obligations ayant été élaborée pour poser des limites à la liberté contractuelle dans le but de protéger les travailleurs en leur qualité de partie faible au contrat (fixation d'un seuil minimal de protection auquel il n'est pas permis de déroger en défaveur du travailleur), rien ne s'oppose à ce que les employeurs proposent à leurs salariés des conditions de travail allant au-delà des minima légaux[927]. Cette possibilité est d'ailleurs actuellement bien utilisée. Pour preuve, nombre d'employeurs accordent, par exemple, des congés de maternité ou de paternité d'une durée identique, voire supérieure à celle arrêtée dans la LPers (16 semaines pour le congé de maternité, respectivement 10 jours pour le congé de paternité). Les conditions de travail du personnel de la Confédération correspondant déjà « *largement* » à celles ayant cours dans le secteur privé, il n'apparaît pas nécessaire, aux yeux du Conseil fédéral, de soumettre les relations de travail entre la Confédération et ses employés au Code des obligations en lieu et place de la LPers[928].

S'il n'est pas rare d'entendre que les employés du secteur public sont souvent « *privilégiés* » par rapport aux travailleurs du secteur privé, cette affirmation doit être nuancée, car il peut arriver, que ceux-ci se retrouvent en réalité dans une situation plus précaire que les employés dont les rapports de travail sont soumis au Code des obligations. Le Tribunal fédéral admet en effet que le droit de la fonction publique peut s'écarter du régime mis en place par le Code des obligations, en faveur comme en défaveur du personnel[929] (*supra*, B., 2.). En outre, les dispositions de la LTr relatives au temps de travail ne sont pas applicables dans l'administration centrale ; les différents statuts de la fonction publique peuvent donc instaurer des réglementations moins favorables en la matière. De surcroît, si les employés publics dont les rapports de travail découlent d'une décision administrative peuvent voir leurs conditions de travail être modifiées de manière unilatérale, dans le secteur privé (tout comme dans le secteur public lorsque les relations

[925] Réponse du Conseil fédéral du 19 août 2015 à la Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le code des obligations* » (Mo. 15.3785 ; Peter Föhn).

[926] Réponse du Conseil fédéral du 19 août 2015 à la Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le code des obligations* » (Mo. 15.3785 ; Peter Föhn).

[927] Réponse du Conseil fédéral du 19 août 2015 à la Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le code des obligations* » (Mo. 15.3785 ; Peter Föhn).

[928] Réponse du Conseil fédéral du 19 août 2015 à la Motion « *Aligner le droit du personnel de la Confédération sur le code des obligations* » (Mo. 15.3785 ; Peter Föhn) : « *une reprise intégrale du Code des obligations n'apporterait aucun changement important* ».

[929] *Cf.*, p. ex., ATF 139 I 57, c. 5.1.

de travail ont à leur base un contrat de droit public), les modifications des conditions contractuelles nécessitent l'accord des deux parties.

La question de la soumission de l'ensemble des relations de travail entre l'Etat et son personnel au droit privé est cependant légitime, et ce, notamment en raison du fait que l'on assiste, depuis quelques années, à une « *fuite* » des entités de l'administration fédérale décentralisée vers le droit privé (phénomène de « *privatisation totale* »)[930]. Nous avons vu, en effet, que la LPers autorise de soumettre le personnel des unités administratives décentralisées au droit privé (application des règles du Code des obligations ; *cf.* art. 1 al. 1 lit. e LPers) et que des entreprises comme la Poste Suisse, la Banque nationale suisse (BNS), Swisscom ou encore la CNA ont fait usage de cette possibilité (*supra*, B., 4.). Le Conseil fédéral préconise toutefois de réserver cette solution aux entités qui fournissent des prestations sur le marché. Les entités qui sont en charge des tâches classiques de l'Etat (surveillance de l'économie, sécurité, p. ex.) et celles qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, en revanche, doivent recourir à un statut de droit public, c'est-à-dire à la LPers, au niveau fédéral. La nature de la tâche à effectuer semble donc être un critère propre à faire obstacle à la privatisation des rapports de travail de l'ensemble du personnel de l'administration, puisque l'accomplissement de certaines tâches publiques s'oppose à ce que le personnel de l'entité concernée voie ses rapports de travail être régis par le droit privé.

VII. Conclusion

Les principales étapes qui caractérisent l'évolution du droit privé et public du travail et du doit de la fonction publique peuvent être résumées comme il suit.

Le droit privé reposait, à l'origine, sur le principe de la liberté contractuelle. Dès le XIX^{e} siècle, un phénomène de socialisation a permis de tempérer la liberté contractuelle dans les relations entre travailleurs et employeurs du secteur privé. Celui-ci s'est traduit, en particulier, par l'insertion de dispositions impératives et semi-impératives dans la réglementation du contrat de travail, afin de protéger les travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat. Actuellement, le droit privé du travail aurait désormais tendance à se « *publiciser* » puisque des principes typiques du droit public ont notamment été déduits des dispositions sur la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 ss CO).

S'il semble, qu'à ses débuts, le droit public de protection des travailleurs a été conçu pour protéger aussi bien les travailleurs du secteur privé que public (la LFab 1877 devait en effet s'appliquer tant dans les entreprises privées que publiques), il est rapidement apparu,

[930] MAHON/ROSELLO, p. 14.

dans les faits, que la législation protectrice des travailleurs n'a que peu trouvé application dans les rapports de travail de droit public. Preuve s'il en est, au moment d'unifier le droit public de protection des travailleurs au milieu du XX^e^ siècle, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que la législation sur le statut du personnel de la Confédération, des cantons et des communes primait le droit public de protection des travailleurs (LFab 1877, puis LFab 1914/1919, notamment), même en l'absence de toute réserve ou exception énoncée par le second en faveur de la première[931]. Pour s'adapter à cette réalité, il a donc été décidé, lors de l'adoption de la LTr, de soustraire les administrations fédérales, cantonales et communales à toute application de cette loi et d'introduire une réserve expresse et absolue en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public. Depuis lors, la tendance s'est quelque peu inversée puisque le législateur tend à conférer aux travailleurs des secteurs privé et public une base commune de protection garantie par le droit public :

- Les dispositions protectrices de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) sont désormais également applicables dans les administrations publiques (depuis le 1^er^ mai 1994 dans l'administration fédérale, respectivement depuis le 1^er^ janvier 2000 dans les administrations cantonales et communales ; *cf.* art. 3*a* LTr)[932] ;
- La portée de la réserve en faveur de la législation sur les rapports de service de droit public (*cf.* art. 71 lit. b LTr) a été diminuée. Lors de l'entrée en vigueur de la LTr, le droit de la fonction publique bénéficiait d'une réserve absolue, de sorte qu'il pouvait déroger à la LTr en faveur comme en défaveur du travailleur ; cette réserve avait toutefois été introduite parce que le législateur considérait, qu'à cette époque, « *les conditions de travail dans la fonction publique étaient plus avantageuses et offraient une protection allant au-delà des minima imposés par la LTr* »[933]. Compte tenu que depuis lors les travailleurs du secteur public ont assisté à une péjoration de leurs conditions de travail (certains travailleurs soumis à une législation sur la fonction publique ne jouissent en effet plus « *d'une protection équivalente à celle de la LTr* »[934]), il a été nécessaire de réduire la portée de la réserve en faveur du droit de la fonction publique. Ce procédé a eu lieu en deux temps : depuis le 1^er^ janvier 2000, les dérogations aux prescriptions

931 *Cf.* FF 1960 II 885 (917).

932 *Cf.* Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035 ; Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569.

933 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, pp. 170-171. *Cf.* aussi MAHON/BENOÎT, CLTr, n° 10 *ad* art. 71 LTr, pp. 694-695.

934 Communication de la Direction du Travail aux autorités cantonales d'exécution de la Loi sur le travail ainsi qu'aux directions et départements cantonaux de la santé, juillet 2002, ARV/DTA 2002, pp. 169-172, pp. 170-171.

> de la LTr relatives à la protection de la santé en défaveur des travailleurs ne sont plus autorisées ; il en va de même, à compter du 1er janvier 2005, des dérogations en défaveur des travailleurs aux prescriptions de la LTr concernant le temps de travail et de repos[935].

En outre, les lois spéciales de protection des travailleurs (la LTrD et la LDT, notamment), s'appliquent généralement indifféremment dans les rapports de travail de droit privé et de droit public (pas de réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public). Il faut noter qu'un parallélisme est également observable dans d'autres domaines, puisque des lois telles que la LEg ou la LPD, régissent à la fois les relations de travail de droit privé et celles liant les collectivités publiques à leur personnel.

L'évolution du droit de la fonction publique se caractérise, pour sa part, par une sorte de va-et-vient entre le droit privé et le droit public. Sous l'Ancien Régime, les rapports de travail étaient régis par du droit cantonal ou communal. Dès que les compétences en la matière lui ont été attibuées par les anciennes Constitutions fédérales de 1848 et 1874, la Confédération a adopté différentes lois de droit public réglementant les relations de travail entre elle et ses agents. Au vu du caractère fragmentaire de la législation fédérale, le droit privé du contrat de travail (Code des obligations de 1881, puis de 1911) était applicable à titre supplétif (dès l'origine, le Code des obligations a en effet renfermé une réserve en faveur de la législation sur les rapports de travail de droit public). L'adoption du StF, en 1927, a marqué le retrait des relations de travail de droit public du champ d'application du Code des obligations. La volonté du législateur était en effet de soumettre les rapports de travail entre l'Etat et son personnel à un régime séparé et distinct du CO. Depuis lors, cette volonté paraît s'être atténuée puisque, au début des années 2000, le StF a été remplacé par la LPers, qui présente de nombreuses similitudes avec la réglementation du contrat de travail. On assiste également à la soumission de certaines catégories d'employés, ou même de l'ensemble du personnel d'entités de l'administration décentralisée, au droit privé du travail ou encore à l'application de principes de droit privé dans la fonction publique.

Si des différences subsistent entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, un rapprochement prononcé entre ces deux ordres est perceptible. L'évolution du droit public de protection des travailleurs semble également tendre vers la garantie d'un socle commun de protection aux travailleurs des secteurs privé et public. Bien que l'idée de soumettre l'ensemble des relations de travail à une seule et même réglementation n'apparaisse pas en soi irréaliste, elle nous semble cependant actuellement difficile à concrétiser, compte tenu, notamment, de la variété et de l'éclatement de la légisation sur la fonction publique. Le premier pas à accomplir en ce sens consisterait à élaborer un

[935] Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569 ; Modification de la LTr du 22 mars 2002, RO 2002 2547.

unique statut de la fonction publique, applicable aux niveaux fédéral, cantonal et communal. Ensuite, si ce pas venait à être franchi, il s'agirait de se pencher sur la question de la nature du régime commun : faudrait-il soumettre l'ensemble des rapports de travail à une réglementation de droit privé (art. 319-362 CO) ou de droit public (LPers, p. ex.) ? Il s'agit là d'une question complexe, au sujet de laquelle les différents milieux politiques auraient sans nul doute de la peine à trouver un consensus si celle-ci venait à leur être posée (alors qu'une réglementation de droit privé devrait obtenir les faveurs des partis de droite et des milieux patronaux, puisqu'elle présente l'avantage de la souplesse et fait la part belle à la liberté contractuelle, une réglementation de droit public, en ce qu'elle accorde généralement une protection accrue aux travailleurs et pose des limites à la liberté contractuelle, serait sans doute vue d'un meilleur œil par les partis de gauche et les syndicats). De plus, étant donné que l'Etat, même en sa qualité d'employeur, reste tenu de respecter les principes constitutionnels, la liberté contractuelle qui règne en droit privé, ne peut pas être transposée telle quelle dans les relations de travail de droit public. Dans les rapports entre l'Etat et son personnel, l'application des règles consacrées dans le Code des obligations sera toujours tempérée par les principes constitutionnels. Si une application desdits principes dans le secteur privé semble voir le jour par le biais de la jurisprudence, il n'en demeure pas moins qu'une généralisation de cette pratique devrait être entérinée par le Constituant ou, à tout le moins, par le législateur. Le droit public de protection des travailleurs nous paraît, en revanche, constituer un moyen sûr pour assurer un standard de protection commun aux employés des secteurs privé et public et, partant, pour conduire à une certaine uniformisation du droit applicable. Si, actuellement, la LTr n'est que partiellement applicable aux administrations fédérale, cantonales et communales (art. 2 al. 1 lit. a, art. 3*a* lit. a LTr), de sorte que seules les dispositions en matière de protection de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) trouvent application en leurs murs, on assiste d'ailleurs, depuis quelques années, à une application volontaire d'autres règles énoncées par la LTr dans les rapports de travail entre l'Etat et son personnel. Certaines normes sur le temps de travail sont en effet applicables dans les rapports entre la Confédération et ses agents par le biais de renvois directs contenus dans la LPers et dans ses ordonnances d'exécution (*cf.*, p. ex., art. 17 LPers, art. 64 al. 7 OPers, art. 12 al. 4 et 35 al. 1 O-OPers). Une application uniforme de la LTr dans toutes les relations de travail représenterait un pas important vers une unification du droit du travail[936].

[936] Concernant l'opportunité et les possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme, *cf.* notre contribution en guise de synthèse dans le présent ouvrage, pp. 455-483.

Schéma 17 : Les principales étapes de l'évolution du droit privé et public du travail et du doit de la fonction publique

Droit privé du travail	Droit public de protection des travailleurs	Droit de la fonction publique
- A l'origine, totale liberté contractuelle - Dès le XIX[e] siècle, phénomène de « *socialisation* » du droit privé du travail : la liberté contractuelle est encadrée, notamment, par l'insertion de dispositions impératives ou semi-impératives dans le Code des obligations - Actuellement, phénomène de « *publicisation* » du droit privé : application de principes inhérents au droit public dans les relations de travail entre particuliers	- A l'origine, conçu pour les travailleurs des secteurs privé et public, mais appliqué, dans les faits, dans le secteur privé - Lors de l'adoption de la LTr : réserve expresse et absolue en faveur des dispositions sur les rapports de service de droit public (art. 71 lit. b LTr) - Actuellement, volonté de conférer aux travailleurs des secteurs privé et public une base commune de protection (réduction de la portée de la réserve contenue à l'art. 71 lit. b	- A l'origine, droit cantonal et communal - Dès le milieu du XIX[e] siècle, différentes lois fédérales de droit public. Caractère fragmentaire de la législation et application supplétive du Code des obligations - StF de 1927 : régime traditionnel de fonction publique, conçu comme un régime séparé et distinct du Code des obligations - LPers de 2000 : forts rapprochements avec les règles du Code des obligations

VIII. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AEPPLI HEINZ/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/BITTERLI ERWIN/HOLZER MAX/HUG WALTHER ET AL., Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Staempfli, Berne 1971 ; cité : AUTEUR, CLTr 1971.

ANDERMATT ARTHUR, Liberté syndicale et droit de grève, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 3-52.

BABEL ANTONY, Essai sur les causes et le développement de la législation du travail en Suisse, Editions de la Petite-Fusterie, Genève 1925.

BAIROCH PAUL, Victoires et déboires : Histoire économique et sociale du monde du XVI[e] siècle à nos jours, vol. I, Editions Gallimard, Paris 1997 ; cité : BAIROCH, vol. I.

BAIROCH PAUL, Victoires et déboires : Histoire économique et sociale du monde du XVI[e] siècle à nos jours, vol. II, Editions Gallimard, Paris 1997 ; cité : BAIROCH, vol. II.

BARTOLOMEI DE LA CRUZ HECTOR/EUZÉBY ALAIN, L'Organisation internationale du Travail (OIT), Presses Universitaires de France, Paris 1997.

BAUER STEPHAN, Arbeiterschutzgesetzgebung, Sonderabdruck aus dem I. Band des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, 4e éd., Verlag von Gustav Fischer, Jena 1922.

BECKER BERNHARD, Die Glarner Landsgemeinde : 1861-1878 : Berichte und Reflexionen, édité par Eduard Vischer, Glaris 1952.

BERENSTEIN ALEXANDRE, Le contrat de travail en droit suisse, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 3-1973, pp. 77-86 ; cité : BERENSTEIN, Le contrat de travail en droit suisse.

BERENSTEIN ALEXANDRE, Le contrat de travail, un siècle d'évolution législative, in : Le centenaire du code des obligations : mélanges, édité au nom des Facultés suisses de droit par Hans Peter, Emil W. Stark, Pierre Tercier, Universitätsverlag, Fribourg 1982, pp. 227-255, cité : BERENSTEIN, Le contrat de travail.

BERENSTEIN ALEXANDRE, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs en Suisse, pp. 227-255, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 11/12-1981, pp. 281-293 ; cité : BERENSTEIN, Les modalités juridiques de la protection des travailleurs.

BERENSTEIN ALEXANDRE, Les vacances payées dans la législation suisse, in : Rolf Dietz/Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band II, C. H. Beck, Muniche/Berlin 1965, pp. 3-10 ; cité : BERENSTEIN, Les vacances payées.

BERENSTEIN ALEXANDRE/MAHON PASCAL/DUNAND JEAN-PHILIPPE, Labour Law in Switzerland, 2e éd., Wolters Kluwer/Staempfli, Alphen aan den Rijn/Berne 2012.

BERGIER JEAN-FRANÇOIS, Naissance et croissance de la Suisse industrielle, Francke Editions, Berne 1974.

BERRA JACQUES, La structure des systèmes de sécurité sociale – Etude de droit comparé, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL) n° 24, Lausanne 2000.

BIUCCHI BASILIO M., The Industrial Revolution in Switzerland 1700-1914, translated by Muriel Grindrod, The Fontana Economic History of Europe, vol. 4, chapitre 10, Londres 1969.

BÖHMERT VICTOR, Arbeiterverhältnisse und Fabrikeinrichtungen der Schweiz, Bericht erstattet im Auftrage der eidgenössischen Generalcommission für die Wiener Weltausstellung, vol. I et II, Zurich 1873 ; cité : BÖHMERT, vol. I ou vol. II.

BOILEAU ETIENNE, Le Livre des métiers : XIIIe siècle, publié par René de Lespinasse et François Bonnardot, Imprimerie nationale, Paris 1879.

BRIDEL MARCEL, L'esprit et la destinée de la Constitution fédérale de 1848, in : Contributions à la Constitution fédérale de 1848, Librairie de l'Université, F. Rouge & Cie S.A., Lausanne 1949, pp. 37-69.

BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire des art. 356-358, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 1113-1238.

BRUCHEZ CHRISTIAN, L'art. 356 CO, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 157-197 : cité : BRUCHEZ, L'art. 356 CO.

BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Staempfli, Berne 1905 ; cité : BURCKHARDT, Kommentar.

CARLEN LOUIS, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800, in : Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik : Festschrift Hermann Eichler zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1977, Springer-Verlag, Vienne/New York 1977, pp. 69-88 ; cité : CARLEN, Arbeiterschutz in der Schweiz bis 1800.

CARLEN LOUIS, Zur Geschichte des Arbeitsrechts in der Schweiz, vom Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert, RDS 1972, vol. I, pp. 233-260 ; cité : CARLEN, Zur Geschichte des Arbeitsrechts.

CERUTTI DAVIDE, Le droit décloisonné et la norme décloisonnante : un pont sans rives ? : croisière sur le sens et la nature du décloisonnement, in : « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2009, pp. 3-26.

COUTAZ GILBERT, Histoire de l'administration cantonale vaudoise : pouvoir exécutif et administratif 1998-2007, suivie du bilan de deux cents ans d'histoire de l'administration cantonale vaudoise 1803-2007, Archives cantonales vaudoises, Chavannes-près-Renens 2008.

CURTI THEODOR, Geschichte der schweizerischen Volksgesetzgebung (zugleich eine Geschichte der schweizerischen Demokratie), 2e éd., Verlag von Th. Schröter, Zurich 1885.

DÄLLENBACH HEINZ, Kantone, Bund und Fabrikgesetzgebung : Die parlamentarische Debatte und die publizistische Diskussion zu den kantonalen Fabrikgesetzen von 1853 bis 1873 und zum ersten eidgenössischen Fabrikgesetz vom 23. März 1877, Juris-Verlag, Zurich 1961.

DE MADAY ANDRÉ, Législation sociale comparée (droit ouvrier), tome I, Edition Atar, Genève 1917.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DU COMMERCE ET DE L'AGRICULTURE, Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, commentée par son exécution pendant les 10 premières années de son existence 1877-1887, avec un appendice sur la législation fédérale sur la responsabilité, Schmid, Francke & Cie, Berne 1888 ; cité : DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DU COMMERCE ET DE L'AGRICULTURE, Commentaire LFab 1877.

DONATSCH MARCO, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in : Jusletter du 3 mai 2010.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL, Avant-propos, in : « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2009, pp. V-VIII.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/SCHMIDLIN BRUNO/WINIGER BÉNÉDICT, Droit privé romain II – Obligations, Faculté de droit de l'Université de Genève, Schulthess, Genève 2010 ; cité : SCHMIDLIN/DUNAND/WINIGER.

EICHHOLZER EDUARD, Aperçu sur l'historique du droit du travail en Suisse, Revue Syndicale Suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 7/8-1957, pp. 197-212 ; cité : EICHHOLZER, Aperçu.

EICHHOLZER EDUARD, Erinnerungsdaten aus der Entwicklung des Arbeiterschutzes, in : Industrielle Organisation, n° 12-1967, pp. 535-538 ; cité : EICHHOLZER, Erinnerungsdaten.

EIDGENÖSSISCHEN VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT (Hrsg.), Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, vol. II – Wortlaut der Gesetze und Verordnungen, Benziger, Einsiedeln 1925 ; cité : EVD, Volkswirtschaft.

ERNI TONY, Die Entwicklung des schweizerischen Kranken- und Unfallversicherungswesens : dargestellt anhand der Schaffung und Entwicklung des KUVG, Universitätsverlag Freiburg, Fribourg 1980.

FRÖHLICH SIGRID, Die Soziale Sicherung bei Zünften und Gesellenverbänden – Darstellung, Analyse, Vergleich, Sozialpolitische Schriften Heft 38, Duncker & Humbolt, Berlin 1976.

GAUDEMET JEAN, Droit privé romain, 3e éd., Editions Montchrestien, Paris 2009.

GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (éds), Loi sur le travail : loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Staempfli, Berne 2005 ; cité : AUTEUR, CLTr.

GNAEGI PHILIPPE, Histoire et structure des assurances sociales en Suisse, 3e éd., Schulthess, Zurich 2012.

GRISEL ANDRÉ, La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat – Questions fondamentales, in : Actes de la Société suisse des juristes, Fasc. 2, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1948, pp. 457-542.

GROBÉTY DOMINIQUE, La Suisse aux origines du droit ouvrier, Juris Druck und Verlag, Zurich 1979.

GRUNER ERICH, Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert : soziale Lage, Organisation, Verhältnis zu Arbeitgeber und Staat, Francke, Berne 1968.

GYSIN ARNOLD, Les vacances dans le droit suisse du travail, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 1-1949, pp. 7-16.

HELBLING PETER, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP/PJA 2004, pp. 242-252.

HOBI EMIL, Die Entwicklung der Fabrikgesetzgebung im Kanton Glarus, Berne 1920.

HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, vol. IV, Verlag von R. Reich, Bâle 1893.

HUG WALTHER, Das Kündigungsrecht : nach schweizerischem und unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Arbeitsrechts, Graphische Werkstätten H. R. Sauerländer & Co., Aarau 1926 ; cité : HUG, Das Kündigunsrecht.

HUG WALTHER, Die Kodifikation des schweizerischen Arbeitsschutzrechts, in : Rolf Dietz/Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Band II, C. H. Beck, Munich/Berlin 1965, pp. 271-298 ; cité : HUG, Die Kodifikation.

KNÜSEL RENÉ/ZURITA FÉLIX, Assurances sociales : une sécurité pour qui ? La Loi Forrer et les origines de l'Etat social en Suisse, Institut de science politique, Lausanne 1979.

LANDMANN JULIUS, Die Arbeiterschutzgesetzgebung der Schweiz, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1904 ; cité : LANDMANN, Die Arbeiterschutzgesetzgebung.

LANDMANN JULIUS, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, in : Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (Hrsg.), Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, vol. I, Benziger, Einsiedeln 1925, pp. 407-490 ; cité : LANDMANN, Geschichte.

LAVOLLÉE RENÉ, Les classes ouvrières en Europe : études sur leur situation matérielle et morale, Tome premier, Paris 1882 ; cité : LAVOLLÉE, Tome premier.

LAVOLLÉE RENÉ, Les classes ouvrières en Europe : études sur leur situation matérielle et morale, Tome second, Paris 1882 ; cité : LAVOLLÉE, Tome second.

LECHNER JEAN-MARCEL, Le travail industriel de l'enfance en Suisse et sa protection légale jusqu'en 1874, Journal de Genève, Genève 1942.

LEHNHERR HANS, Der Einfluss des Kantons Glarus auf das Schweizerische Arbeitsrecht, thèse, Zurich 1983.

LE ROY YVES/SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction générale au droit suisse, 3e éd., Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2011.

LEU HANS-JAKOB, Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht, darinn der XIII und Zugewanten löbl. Städt und Orten der Eydgenosschafft Stadt- und Land-Gesetze, vol. III, Heidegger, Zurich 1730.

MAHON PASCAL, L'évolution récente du droit du travail en Suisse : une appréciation critique, in : Aspects de la sécurité sociale, Bulletin de la FEAS, Genève, n° 3-2000, pp. 9-26 ; cité : MAHON, L'évolution récente du droit du travail.

MAHON PASCAL, La réglementation du travail, Presses polytechniques romandes, Lausanne 1984 ; cité : MAHON, La réglementation du travail.

MAHON PASCAL/JEANNERAT ELOI, Commentaire des art. 359-360f, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Staempfli, Berne 2013, pp. 1239-1297.

MAHON PASCAL/ROSELLO HÉLOÏSE, Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (éds), Les réformes de la fonction publique, Schulthess, Genève 2012, pp. 9-47.

MARTIN SAINT-LÉON ETIENNE, Histoire des corporations de métiers – Depuis leurs origines jusqu'à leur suppression en 1791, 4e éd., Presses Universitaires de France, Paris 1941.

MAURER ALFRED, La Suisse, in : Peter A. Köhler/Hans F. Zacher (éds), Un siècle de sécurité sociale 1881-1981, L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse, Centre de Recherche en Histoire Eonomique et Sociale de l'Université de Nantes, Nantes 1982, pp. 525-612.

MEYER FRANCIS, Le droit au salaire de l'employé empêché de travailler (article 335 du code des obligations), Imprimerie Pfeuti & Wicky, Le Landeron 1952.

MOSER ERNEST, Le travail à domicile en Suisse, Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse (RSS), n° 4-1942, pp. 109-119.

MÜLLER ROLAND A., ArG : Kommentar Arbeitsgesetz, 7e éd., Orell Füssli Verlag, Zurich 2009.

PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2008.

RAPPARD WILLIAM EMMANUEL, La révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, Staempfli, Berne 1914.

RICHARD ALBERT, Le contrat de travail en droit suisse, Imprimerie Albert Kündig, Genève 1913 ; cité : RICHARD, Le contrat de travail.

RICHARD ALBERT, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail : rapport présenté à l'assemblée 1933 de la Société suisse des juristes, Revue de droit suisse (RDS), NS 52, pp. 106-140 ; cité : RICHARD, Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail.

RIOUX JEAN-PIERRE, La révolution industrielle 1780-1880, Editions du Seuil, Paris 1989.

RONCORONI GIACOMO, Le contrat-type de travail (CTT) : Remarques préliminaires sur les art. 359 à 360f CO, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 301-311 ; cité : RONCORONI, Le contrat-type de travail (CTT).

RONCORONI GIACOMO, Les art. 359 à 360f CO, in : ANDERMATT ARTHUR/BIANCHI DORIS/BRUCHEZ CHRISTIAN ET AL., Droit collectif du travail, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, pp. 313-362 ; cité : RONCORONI, Les art. 359 à 360f CO.

SCHIWOFF VICTOR, Die Beschränkung der Arbeitszeit durch kantonale Gesetzgebung und durch das erste eidgenössische Fabrikgesetz von 1877 – Eine zeitpolitische Studie, Paul Haupt, Berne 1952.

SCHNETZLER ANDRÉ, La protection des ouvriers et ouvrières non soumis à la loi fédérale sur les fabriques, Journal de la Société vaudoise d'utilité publique, n° 4-1901, pp. 73-96.

SCHÖNENBERGER WILHELM, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, Revue de droit suisse (RDS) 1933, NS 52, pp. 1-104.

SCHOLLENBERGER JOHANN JACOB, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, Verlag von O. Häring, Berlin 1905.

SCHREURS LOTHAR, Die soziale Entwicklung des Arbeitsrechtes, Paul Haupt Verlag, Berne 1946.

SCHWEINGRUBER EDWIN, Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations, traduction française par Albert Laissue, Union syndicale suisse, Berne 1975.

SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, 2e éd., état février 2016, Berne 2016 ; cité : SECO, Commentaire LTr.

SIGG JEAN, La protection légale du travail en Suisse, Félix Alcan, Paris 1911.

SOMMER JÜRG H., Das Ringen um soziale Sicherheit in der Schweiz : eine politisch-ökonomische Analyse der Ursprünge, Entwicklungen und Perspektiven sozialer Sicherung im Widerstreit zwischen Gruppeninteressen und volkswirtschaftlicher Tragbarkeit, Rüegger, Diessenhofen 1978.

SUBILIA-ROUGE LILIANE, La nouvelle LPers : quelques points de rencontre avec le droit privé du travail, Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF), 2003, pp. 289-316.

TANQUEREL THIERRY, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (éds), Les réformes de la fonction publique, Schulthess, Genève 2012, pp. 49-82.

TSCHUDI HANS PETER, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1948 ; cité : TSCHUDI, Die Ferien.

TSCHUDI HANS PETER, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrecht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1987 ; cité : TSCHUDI, Geschichte.

TSCHUDI HANS PETER, La Constitution sociale de la Suisse (L'Etat social), traduit de l'allemand par Isabelle Houriet, Union syndicale suisse, Berne 1987 ; cité : TSCHUDI, La Constitution sociale.

TSCHUDI HANS PETER, La protection des travailleurs en droit suisse, traduit de l'allemand par Yvette Voegeli, Union syndicale suisse, Berne 1987 ; cité : TSCHUDI, La protection des travailleurs.

TSCHUDI HANS PETER, Sozialstaat, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Schulthess, Zurich 1996 ; cité : TSCHUDI, Sozialstaat.

WEBER MAX, Die soziale Schweiz, in : Ein Jahrhundert schweizerischer Wirtschaftsentwicklung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Statistik uns Volkswirtschaft, 1864-1964, Staempfli, Berne 1964, pp. 167-194.

WEIDMANN PAUL, Die soziale Entwicklung des zürcherischen Arbeitsrechts von 1815-1870 (unter besonderer Berücksichtigung der Fabrikgesetzgebung), Schulthess, Zurich 1971.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3e éd., Staempfli, Berne 2014.

ZIMMERMANN TRISTAN, L'effet horizontal des droits fondamentaux ou le garant de la dignité humaine, in : « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2009, pp. 27-53.

MARC-ANDRÉ WEBER*

Les concepts purs de « droit public » et de « droit privé »

Sommaire Page

I. Introduction 223
II. L'opposition entre l'Etat et le droit 224
III. Systématisation de la *summa divisio* 227
IV. Confrontation au droit positif actuel 234
V. Que reste-t-il de la *summa divisio* ? 238
VI. Bibliographie 239

I. Introduction

Les considérations qui suivent se situent à l'intersection de la philosophie et du droit. C'est pourquoi je m'appuie sur un acquis commun à ces deux disciplines, dont les visées et la forme inspirent mon propos : la *Théorie pure du droit*[1]. KELSEN cherche à y dégager les caractéristiques nécessaires de tout ordre juridique en épurant son discours de tous les éléments contingents à ces derniers. Par exemple, tout ordre juridique est nécessairement structuré de manière hiérarchique et cette structure fait donc l'objet de la *Théorie pure du droit* – c'est la fameuse pyramide des normes[2]. Cette démarche conduit par contre KELSEN à rejeter les « *dualismes* » au profit d'une théorie unitaire[3]. Parmi eux figure le dualisme du droit public et du droit privé, auquel je me référerai sous le nom de *summa divisio* pour faire court. L'argument donné par KELSEN pour la rejeter consiste à ramener la *summa divisio* à sa fonction idéologique et, par là, à sa contingence. Il est à la base des débats qui nous intéressent.

---

* Mes remerciements vont au Professeur DANIEL SCHULTHESS ainsi qu'au Professeur JEAN-PHILIPPE DUNAND. Le présent texte leur doit beaucoup.

1 Je me réfère ici à la première édition de cette œuvre, car c'est elle qui a eu l'influence qu'on sait.

2 KELSEN, p. 113 ss.

3 KELSEN, pp. 85-112.

Considérons le mot « *idéologie* » comme opposé au mot « *science* ». Là où le scientifique décrit, l'idéologue prescrit, souvent de manière masquée, en prétendant alors qu'il fait œuvre de science. En observateurs, nous voulons éviter le piège qui consiste à prendre un instrument idéologique pour un outil scientifique. Autrement dit, nous voulons éviter de regarder nos objets, ici des ordres juridiques, au travers du prisme déformant qu'est une idéologie, car nous voulons simplement les décrire. Dès lors, quand le mot « *idéologie* » est invoqué, il inquiète celui qui s'occupe d'observer, ici le juriste[4]. La *summa divisio* est utilisée comme un instrument de classification. On classe les enseignements du droit selon une division entre droit public et droit privé ; on classe certaines normes en droit public et d'autres en droit privé. On attendrait alors de la *summa divisio* qu'elle soit à l'image de la classification du vivant en animaux, végétaux, *etc.* : un instrument qui sert simplement à ordonner des observations et qui, en cela, est idéologiquement neutre[5]. Cette attente peut-elle être comblée ? Faut-il la tempérer ? La réviser ?

Pour réfléchir à des réponses, plusieurs étapes doivent être franchies. Dans ce qui suit, je commence par refuser de rattacher la *summa divisio* au dualisme de l'» Etat » et du droit. Dans la manière de KELSEN, cela nous permet pour ainsi dire d'épurer la *summa divisio* de contraintes théoriques qui lui sont contingentes et qui semblent faire d'elle un instrument rigide et dépassé. Ensuite, je construis la *summa divisio* de manière à montrer qu'elle se passe effectivement de ces contraintes, en la ramenant à sa véritable idéologie : la pensée républicaine. Je m'intéresse alors à des questions plus proches de celles de la pratique du droit ; à des critères de classement de normes dans le droit public ou dans le droit privé, aux interpénétrations de ces deux branches du droit, *etc.* Cela nous permet de réfléchir à l'acquis théorique antérieur en l'appliquant à des cas qui semblent problématiques. Enfin, je me demande sur quelle compréhension de la *summa divisio* ces considérations débouchent.

II. L'opposition entre l'Etat et le droit

De manière convaincante, KELSEN remarque que « *l'opposition entre droit public et droit privé* » est « *purement intra-systématique* »[6]. Il reproche à ses adversaires de ne pas l'avoir perçu, en expliquant que la *summa divisio* a « *pour la théorie traditionnelle [...] un caractère absolu et extra-systématique, du fait qu'elle oppose au droit un Etat qui en est distinct* »[7]. Au fond, les adversaires en question pensent que, puisque l'opposition entre

4 Par exemple, TESTU, ou encore BEAUD, p. 23.
5 TESTU, p. 345.
6 KELSEN, p. 151.
7 KELSEN, p. 151.

l'Etat et le droit est vraie de tout ordre juridique et que la *summa divisio* est tributaire de cette opposition, alors la *summa divisio* est vraie aussi de tout ordre juridique. Une opposition se superpose donc nécessairement à l'autre. KELSEN postule alors la non-universalité de l'opposition entre l'Etat et le droit et de la *summa divisio* contre une théorie qui postule l'universalité des deux. Il ne lui est pas nécessaire de postuler l'inexistence de la *summa divisio*, car sa non-universalité suffit à en démontrer la contingence. En suivant KELSEN, on peut dès lors affirmer que la *summa divisio* ne fait pas partie de la réalité juridique *en général*, mais on doit s'arrêter là.

Selon TROPER, qui décrit le propos de KELSEN et de ses héritiers, en particulier EISENMANN[8], « *l'idée commune aux thèses négatrices de la distinction [entre droit public et droit privé, ndr] est [...] simple : l'opposition du droit public et du droit privé n'a guère de signification parce qu'il n'existe pas de différence essentielle, c'est-à-dire pas de différence de fond entre les deux droits* »[9]. Dans cette remarque, l'important tient au fait que, pour admettre que la summa divisio n'est pas insignifiante, on attend souvent d'elle qu'elle serve à distinguer des types de normes dont la « *nature* » est différente[10]. Entendons le mot « *nature* » au sens large, comme désignant un trait objectif d'une norme, trait dont on peut en théorie observer scientifiquement la présence. Les démarches « *négatrices* » refusant ce genre de différence entre normes, elles concluent à un rejet plus ou moins complet de la summa divisio.

La différence de « *nature* » attendue a un parfum de doctrine jusnaturaliste. KELSEN ne l'ignore pas, l'opposition entre droit positif et droit naturel étant la clé du rejet des autres « *dualismes* ». Cependant, pour ce qui nous intéresse ici, cette différence dépend directement de l'opposition entre Etat et droit. Afin de voir en quoi, notons que cette opposition est présente dans le courant de pensée libéral, du moins dans nombre de ses variantes ; courant que KELSEN dirait « *bourgeois* »[11]. Pour en donner un exemple récent et radical, citons NOZICK : « *Nous nous sommes acquittés de notre tâche : expliquer comment un Etat naîtrait d'un état de nature sans que les droits de qui que ce soit ne soient violés* »[12]. S'il est à craindre que l'Etat viole des droits, c'est qu'il a existence distincte du droit. Lorsqu'on réfléchit ainsi, on édifie la théorie suivante de la *summa divisio*. D'un côté, le droit public contient l'arbitraire de l'Etat en le régulant, lui conférant ainsi la légitimité de l'Etat de droit. Cette branche du droit est donc un « *réseau de règles* »

8 EISENMANN.
9 TROPER, p. 185.
10 BEAUD, p. 26. TESTU, p. 348 ; MOOR, Le droit administratif, p. 149.
11 KELSEN, p. 56.
12 NOZICK, p. 146.

destinées à « *enserrer* »[13] l'Etat, ce « *mythique Léviathan* »[14]. De l'autre côté, le droit privé est, seul, « *le véritable domaine du droit* »[15], et lie entre elles des entités d'une autre « *nature* », les personnes (afin de simplifier, cette description de principe fait l'impasse sur les personnes morales et la notion de « *personne* » renvoie donc aux personnes physiques). « *Véritable* », il l'est parce que les *relata* qu'il lie étant de même nature, les rapports de droit sont égalitaires. Au contraire, le droit public liant des *relata* de nature différente, l'Etat et les personnes, les relations en jeu relèvent de la « *sujétion* » – le terme figure dans un récent manuel de droit[16]. Sans détailler plus avant cette démarche, qui connaît de multiples variantes, on comprend alors d'où vient l'idée selon laquelle les normes juridiques du droit public auraient une « *nature* » différente de celles du droit privé. Cela vient du fait que la nature respective des entités qu'elles régulent – celle de l'Etat d'un côté, celle des personnes de l'autre – est telle pour qu'on n'imagine pas que les normes régulant ces entités puissent être de même « *nature* ».

Quand on regarde la *summa divisio* de ce point de vue, on conçoit le droit public et le droit privé comme des catégories étanches[17]. Pour illustrer brièvement ce point, considérons le principe de bonne foi, en tant qu'il est mis en œuvre par une norme juridique[18]. Lorsqu'on pense le droit privé comme étant le seul véritablement égalitaire, on pense que la place « *naturelle* » de la norme qui prescrit la bonne foi est dans le droit privé. Au contraire, il n'y a pas de place pour la bonne foi dans le droit public, eu égard à sa « *nature* » impérative et autoritaire. A cet exemple, on voit que l'espoir qui réside dans la perspective en jeu est de constituer la *summa divisio* en un moyen scientifique « *fort* » de classer des normes : comme on suppose qu'il y a des normes de nature différente, on suppose que les normes du droit public sont objectivement distinctes de celles du droit privé. Dès lors, chacune est en elle-même ou bien de droit public, ou bien de droit privé. Reste alors à découvrir par l'observation et par l'analyse scientifiques à laquelle de ces deux branches du droit appartient telle ou telle norme. Autrement dit, chaque norme appartient de par sa « *nature* » à une branche déterminée du droit et il s'agit seulement de trouver laquelle. Le

---

13 Parlant là des « *premiers publicistes* » et empruntant donc une démarche historique, TESTU utilise le mot « *souverain* » plutôt que le mot « *Etat* ». Cela ne fait à mon avis pas de différence de fond. TESTU, p. 349.

14 MOOR, L'opposition, p. 651.

15 KELSEN, p. 151. Le propos est confirmé par TESTU, p. 353. Ce dernier remarque en effet que « *la pensée dominante affirme en effet l'antériorité philosophique du droit privé par rapport au droit public* ». Pour moi, c'est là une impossibilité, le droit privé n'existant pas sans le droit public, et vice versa (comme le remarque d'ailleurs MOOR, L'opposition, p. 652).

16 LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 555. Pour une critique de l'usage de ce genre de terme, voir EISENMANN, pp. 924 ss.

17 MOOR, L'opposition, p. 644.

18 En droit suisse, il s'agit de l'art. 2 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

« *négateur* » dont parle TROPER dispose toutefois d'arguments forts pour ruiner de tels espoirs. Au niveau des principes, il a des moyens convaincants de rejeter la différence de « *nature* » exigée par son adversaire et d'affirmer comme MOOR qu'une « *règle juridique n'est pas en soi de droit public ou de droit privé [mais que,] de par sa nature propre, elle est seulement une norme juridique* »[19]. Les normes sont des « *énoncés déontiquement modalisés* »[20] ; telle est leur « *nature* » et on voit mal comment on pourrait faire des distinctions de « *nature* » au-delà de cela. Sur cette base, le négateur peut rejeter la compréhension que son adversaire a de la *summa divisio*. Pour le négateur, la *summa divisio* est utilisée comme un prisme déformant parce qu'elle est conditionnée par un présupposé idéologique – la différence de « *nature* ». De ce fait, sa sollicitation produit une illusion d'objectivité. Le second argument du négateur porte sur l'état actuel du droit et atteint lui aussi sa cible. En observant les interpénétrations du droit public et du droit privé, il peut affirmer que la *summa divisio* ne permet pas de constituer les catégories étanches que son adversaire attend.

Il ne m'appartient pas d'invalider les arguments qu'on peut avoir en faveur de l'opposition entre l'Etat et le droit, ni même d'argumenter contre l'idée d'une différence de « *nature* » qu'auraient des normes. Cependant, il convient au moins de ne pas prêter le flanc aux critiques des négateurs. Ce que je me propose de faire dans cet esprit, c'est de construire la *summa divisio* sans faire appel à l'opposition précitée, ni à une différence de « *nature* ». Cela suffira à montrer la contingence de ces deux éléments ; d'« *écarter les constructions artificielles* »[21] pour conserver la *summa divisio* en tant que forme pure. Le pas supplémentaire que je souhaite franchir par rapport à cette exigence d'EISENMANN, c'est de construire la *summa divisio* par des moyens eux-mêmes formels. Cela manifestera au passage le caractère intra-systématique de cette dernière, ce qui évitera à ma théorie de tomber sous la critique de KELSEN à ce propos.

III. Systématisation de la *summa divisio*

La démarche de formalisation dans laquelle nous entrons est destinée dans un premier temps à établir une définition de la république. Par là, nous pourrons construire la définition de la *summa divisio*, simplement en la *déduisant* de celle de la république. Afin d'atteindre ce but, je pose d'abord trois définitions puis opère des déductions à partir

19 MOOR, Le droit administratif, p. 149.
20 PFERSMANN, p. 74.
21 EISENMANN, p. 979.

d'elles. Le détail des démonstrations ne pouvant pas toujours être restitué ici, j'essaie de donner des éléments de vérification qui les rendent intuitives[22].

Tout d'abord, convenons de distinguer ce qui est régulé par des causes, la nature, de ce qui est de surcroît régulé par des normes, les sociétés humaines. Ces dernières ont donc cela de spécifique qu'elles sont des domaines où une partie des événements sont gouvernés par des normes. Avec cela à l'esprit, voici la définition que je donne du pouvoir :

Le pouvoir est l'aptitude à créer des normes efficaces (c'est-à-dire des normes qui ont un impact sur le comportement des gens, qui ne sont donc pas « lettre morte » ; cette clause restera ultérieurement implicite).

Sous ce jour, le concept de « *pouvoir* » est le plus fondamental dont nous ayons besoin, puisqu'à lui se réduit la spécificité des sociétés humaines : avant tout, elles sont des lieux de pouvoir. C'est donc de ce concept que nous devons partir. Notons par ailleurs que la matière qui nous intéresse ne concerne que les normes juridiques. Dans ce cadre restreint, le mot « *pouvoir* » peut en général être tenu pour un équivalent du mot « *compétence* » tel qu'il se présente dans la terminologie du droit[23].

Comme nous voulons nous interroger sur les expressions « *droit public* » et « *droit privé* », nous devons nous interroger sur le sens de ces expressions. Par le mot « *droit* », nous pouvons en l'occurrence entendre « *un ensemble de normes juridiques* ». Quant aux mots « *public* » et « *privé* », qui circonscrivent ces ensembles, ils se définissent ainsi :

Est public ce qui a rapport à tout le monde / n'importe qui[24].

Est privé ce qui n'a pas rapport à tout le monde / n'importe qui.

L'expression « *avoir rapport à* » sert de copule et peut donc être modifiée selon les besoins. Les expressions « *tout le monde* » et « *n'importe qui* », qui sont les éléments importants, sont substituables l'une à l'autre. L'idée générale de ces définitions se perçoit au moyen d'exemples. Les affaires publiques sont les affaires sur lesquelles tout le monde est susceptible de s'exprimer (n'importe qui est susceptible de s'exprimer). Une porte sur

---

22 Le développement intégral se trouve dans WEBER, en particulier pp. 454 ss et 477 ss.

23 CORNU, entrée « *Compétence* », p. 165.

24 Nous ne pouvons pas discuter le détail de l'extension de l'expression « *tout le monde* », qui parfois n'inclut que les citoyens et, d'autres fois, inclut en plus des non-citoyens (typiquement, les étrangers). Dans le premier cas, « *public* » est synonyme de « *politique* », comme dans l'expression « *les affaires publiques* ». Dans le second, il n'en va pas ainsi, comme on le voit à l'expression « *le public d'un spectacle* ». Afin de simplifier, nous considérerons que nous n'avons à parler que des citoyens, en ce qu'ils sont le seul constituant humain nécessaire d'une république. Pour le reste, je renvoie à WEBER, pp. 167-176.

laquelle est écrit « *privé* » est une porte que tout le monde n'est pas censé franchir (que n'importe qui n'est pas censé franchir).

Les sociétés qui nous intéressent ici sont les sociétés politiques. Elles maîtrisent leurs propres destinées et, au moins en un sens large, on peut donc les dire souveraines. De plus, elles sont suffisamment grandes pour que tout le monde n'y connaisse pas tout le monde en personne, pour qu'y existent donc des rapports humains impersonnels[25]. Or, l'impersonnalité crée le besoin de coordonner les membres de la société au moyen de structures institutionnelles complexes, lesquelles viennent se substituer aux rapports informels qui suffisent au bon fonctionnement d'une petite société. La plus évidente de ces structures tient au fait de se doter d'une législation écrite et donc de constituer une société politique en ordre juridique. Une autre de ces structures consiste dans le fait de distinguer les moments où nous sommes en rapport avec des personnes que nous ne connaissons pas (c'est-à-dire avec n'importe qui) et les moments où nous sommes en rapport avec des personnes que nous connaissons (c'est-à-dire avec des personnes qui, pour nous, ne sont pas n'importe qui). Cette distinction est celle à laquelle la perspective républicaine a conféré les noms de « *vie publique* » et de « *vie privée* ».

Pour fonctionner comme un tout, une société politique doit être un ordre juridique « *un* » et doit donc être gouvernée par l'exercice d'un pouvoir « *un* ». Ce pouvoir « *un* », on le nomme souvent « *pouvoir politique* », ou « *souveraineté* ». Avec ma terminologie, nous pouvons aussi dire que s'exerçant sur *tout le monde*, il est le pouvoir public. Pour suivre un autre usage, nommons-le cependant *puissance*[26]. Remarquons alors que la puissance, en sus de s'exercer sur tout le monde, peut elle-même être exercée par tout le monde, ou ne pas être exercée par tout le monde. Cela conduit aux définitions suivantes :

La puissance publique est le pouvoir qui s'exerce sur tout le monde et qui est exercé par tout le monde dans une société politique.

La puissance privée est le pouvoir qui s'exerce sur tout le monde et qui n'est pas exercé par tout le monde dans une société politique.

A la première définition correspond le régime républicain. En effet, l'idée selon laquelle tout le monde exerce la puissance équivaut à celle selon laquelle le peuple l'exerce et est en ce sens souverain. Aujourd'hui, on considère comme adéquate une seule modalité de participation à l'exercice de la puissance, à savoir le vote démocratique, mais ça n'a pas toujours été le cas. Notons donc que ma définition de la puissance publique enveloppe aussi bien les républiques non démocratiques, comme la République romaine, que nos démocraties. A la seconde définition correspondent typiquement les régimes despotiques

---

[25] C'est pourquoi l'entité politique minimale est la ville, comme nous le rappelle le nom *polis*, qui signifie à la fois « *ville* » et « *politique* ». Voir, par exemple, ARISTOTE, 1252a ss.

[26] CORNU, entrée « *Puissance* », p. 651.

(monarchie absolue, oligarchie, *etc.*). Ce sont des régimes où le gouvernement n'échoit pas au peuple – au « *public* » entendu en un sens étroit (voir note 24) – mais est par contraste en mains privées. Ces considérations doivent encore être complétées par une déduction, qui aboutit à la définition des pouvoirs privés. Elle prend la forme technique suivante :

Soit A : « ... s'exerce sur tout le monde ».

Soit B : « ... est exercé par tout le monde ».

Puissance publique ≡ *A et B*

Négation du *definiens* par application des lois de De Morgan :

Non-A ou non-B

Développement par des disjonctions exclusives :

Ou bien non-A, ou bien non-B, ou bien (non-A et non-B)

Trois options sont alors ouvertes, distinguées par les « *ou bien* ». Parmi elles, seule la troisième est complète et peut donc servir à définir les pouvoirs privés, ce qui donne le résultat suivant :

Les pouvoirs privés dans une république sont les pouvoirs qui ne s'exercent pas sur tout le monde et que tout le monde n'exerce pas.

Le cas typique qui correspond à ces pouvoirs est la propriété. En effet, être propriétaire d'une chose, c'est se voir concéder par la puissance publique un pouvoir personnel dessus (seul le propriétaire de la chose l'exerce et il ne l'exerce pas sur toutes les choses – le principe énoncé ici n'exclut pas qu'une chose ait plusieurs propriétaires). Si l'on procédait à la même déduction à partir de la définition de la puissance privée, on arriverait à définir des pseudo-pouvoirs privés au nom bien connu : les privilèges. La différence entre ces derniers et la propriété est que seule la première est à strictement parler garantie, puisque ce sont les citoyens qui s'octroient collectivement cette garantie à eux-mêmes lorsqu'ils agissent en qualité de propriétaires. Les privilèges étant attribués par le despote, ses sujets ne bénéficient au contraire pas d'une telle garantie, mais seulement d'une pseudo-garantie. Sur cette base, nous pouvons définir la république ainsi :

La république est le régime politique dans lequel coexistent la puissance publique et les pouvoirs privés.

Cette définition, qui procède de l'association de deux pouvoirs, n'est pas une nouveauté. Elle est empruntée aux Romains, en ce qu'ils opposaient l'*imperium* à la *patria potestas*. Le premier est devenu public en échoyant au peuple ; c'est la *respublica*. Quant à la seconde, elle était dans ce nouveau régime le pouvoir accordé au propriétaire ; c'est la *res*

tout court, implicitement *privata*[27]. A ce titre, le droit privé romain possède la clarté qui découle de sa simplicité formelle : son contenu se rattache d'une manière ou d'une autre à la propriété, au moins à l'origine[28]. Notre droit est au contraire plus complexe. Toutefois, la notion de « *pouvoir privé* », qu'il n'est pas nécessaire de restreindre à la propriété, est suffisamment englobante pour ne pas occasionner cette différence entre époques. Retenons donc ma définition de la république comme une définition « *pure* » ; vraie de toutes les républiques et des seules républiques.

La république est le seul régime politique dans la définition de laquelle les mots « *public* » et « *privé* » apparaissent tous deux. Pour le confirmer, j'ai donné l'exemple du despotisme, qui se définit par un contraste entre la puissance *privée* et les pseudo-pouvoirs *privés* (remarquons qu'il se définit ainsi dans la manière républicaine, les mots « *public* » et « *privé* » appartenant au vocabulaire républicain). On peut encore soutenir cette affirmation en remarquant que le totalitarisme se définit par la seule puissance privée. Ce qui y est « *total* », en effet, c'est la puissance, car son exercice ne laisse aucun espace à celui d'autres pouvoirs qu'elle-même. Comme seule la république se définit par l'opposition public-privé, il devient clair que la *summa divisio* n'est explicable de manière stricte qu'en la considérant comme propre à ce régime. Avec MOOR, nous pouvons en effet affirmer qu'« *il n'y a pas à proprement parler de droit "privé"sans droit public, ni inversement de "droit public" sans droit privé, parce que aucun ne pourrait être à lui tout seul du "droit"* »[29]. Or, seule la république vérifie cette affirmation. De manière non stricte, on peut toutefois étendre l'usage de la *summa divisio* aux régimes despotiques, puisqu'ils se caractérisent malgré tout par un contraste entre deux régimes de pouvoir. MOOR va dans ce sens, en ne refusant d'appliquer la *summa divisio* qu'au régime totalitaire[30]. Cet usage étendu est aussi implicitement défendu par ULPIEN dans sa célèbre remarque, puisque la République romaine a disparu depuis longtemps quand il écrit[31]. Cependant, cet usage étant non strict, il conduit à avoir une compréhension moins précise de la *summa divisio*.

---

27 L'idée d'une notion implicite à ce genre d'énoncé est vérifiable par différents exemples. Ainsi, les esclaves étaient implicitement réputés privés et on spécifiait seulement dans le cas contraire, au moyen de l'expression *servi publici*. On retrouve la même forme aujourd'hui, avec les expressions « *services publics* » et « *services* » tout court.

28 On peut estimer que le droit de la famille concernait la manière dont le *paterfamilias* pouvait jouir de ses familiers, comme il jouissait par ailleurs de ses choses ; qu'autrement dit, les familiers étaient une catégorie spécifique de biens appartenant au *paterfamilias*, ou au moins qu'il en allait ainsi à l'origine. Pour illustrer, on pensera notamment à cet extrait de la table IV de la Loi des XII tables : « *Si pater ter filium uenum duit, a patre filius liber esto* ». *(« si un père vend [loue, ndr] son fils trois fois, ce fils est libre* ». CRAWFORD, p. 631.

29 MOOR, L'opposition, p. 652.

30 MOOR, L'opposition, p. 652.

31 D, 1.1.1.2.

Voyons maintenant comment la *summa divisio* se déduit, en partant de ce qui caractérise la république : la puissance publique et des pouvoirs privés. Leur exercice étant créateur de normes en vertu de la définition générale du pouvoir, nous pouvons le définir ainsi :

L'exercice de la puissance publique est créateur des normes juridiques publiques.

L'exercice d'un pouvoir privé est créateur de normes juridiques privées.

D'après les définitions des mots « *public* » et « *privé* », les normes juridiques publiques sont celles qui s'appliquent à tout le monde. C'est pourquoi nul n'est censé les ignorer. Ces normes sont donc celles qui figurent dans les différents textes de loi. Autrement dit, les normes appartenant au droit privé, sont, à l'instar de celles appartenant au droit public, des normes juridiques *publiques*. Par opposition, les normes juridiques privées, qu'on peut nommer « *conventions* »[32], ne s'appliquent pas à tout le monde. Typiquement, il s'agit des clauses d'un contrat de droit privé. Ces dernières ayant une valeur juridique, il est en effet adéquat de les compter parmi les normes juridiques. Cependant, comme elles ne s'appliquent pas à tout le monde, mais seulement aux parties contractantes, elles sont privées. Considérant que le droit public et le droit privé sont deux ensembles de normes, leur définition est alors la suivante :

Le droit public est l'ensemble des normes juridiques publiques par lesquelles l'exercice de la puissance publique est autorégulé.

Le droit privé est l'ensemble des normes juridiques publiques qui régulent l'exercice des pouvoirs privés.

A cette aune, les normes juridiques *publiques*, à savoir *le droit public et le droit privé*, procèdent de l'exercice de la puissance publique et sont créées conformément aux normes qui appartiennent au *droit public*. Les normes juridiques *privées* procèdent de l'exercice du pouvoir privé et sont créées conformément aux normes qui appartiennent au *droit privé*. Je souligne l'importance de la distinction entre les normes juridiques privées – des conventions – et les normes juridiques contenues dans le droit privé – des lois – car il semble que cette distinction n'a pas toujours été claire. En effet, la force principale de la critique qu'EISENMANN adresse à SAVATIER repose sur ce problème de distinction[33]. Manifestement, ce dernier tient le droit privé pour du droit public parce qu'il est créé par l'Etat en vue d'encadrer les personnes. Il considère dès lors que le droit privé est

[32] Ces normes sont parfois nommées « *conventions* », ce qui les distingue des lois. En droit romain, respectivement en droit français, on trouve ainsi les énoncés suivants : « *Privatorum conventio juri publico non derogat* » ; « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». On notera l'opposition faite entre le caractère privé des conventions et le caractère public des lois. D, 50.17.45.1. En France, art. 1134 du Code civil.

[33] EISENMANN, pp. 904 ss, pp. 931 et 941.

l'ensemble des normes juridiques privées. Or, comme le rétorque EISENMANN « *la formule générale : intervention de l'Etat = création de droit public, est manifestement et radicalement fausse* » [34]. On remarquera alors que les deux paires de définitions qui précèdent ont l'avantage de montrer immédiatement où se situe la confusion et de l'exclure. Enfin, les définitions ci-dessus sont asymétriques parce que la puissance est souveraine : en tant que *summa potestas*, aucun pouvoir autre qu'elle-même ne peut en réguler l'exercice. Dès lors, son exercice est autorégulé, c'est-à-dire créateur des normes juridiques publiques par lesquelles cet exercice est lui-même régulé – telle est la fonction des normes incluses dans le droit public. Au contraire, les pouvoirs privés étant de niveau inférieur, leur exercice est régulé par le pouvoir supérieur qu'est la puissance publique – telle est la fonction des normes incluses dans le droit privé.

Ce dernier point ne nous engage pas dans un débat sur une différence de « *nature* » entre les normes contenues dans le droit public et celles contenues dans le droit privé. Comme elles sont toutes issues de l'exercice de la puissance publique, elles ont une origine identique. Cette identité d'origine fait qu'on ne peut conclure qu'à une « *nature* » identique. De ce fait, nous n'avons pas besoin d'entrer dans un débat sur une éventuelle différence de « *nature* » entre la puissance publique et les pouvoirs privés. La puissance étant souveraine, ce débat reviendrait à prendre la mesure des différences qui séparent la « *compétence de la compétence* »[35] des simples compétences. Il serait complexe, mais n'apporterait rien de déterminant pour mon propos. Par ailleurs, la série de définitions que j'ai développées en partant de celle de la république se tient entièrement dans l'univers du droit. Ainsi, rien ne nous conduit à postuler un Etat qui serait une entité distincte du droit. Enfin, le fait que la *summa divisio* se rattache au régime politique républicain et à lui seul en manifeste le caractère intra-systématique. A ce stade, mon propos s'acquitte de la tâche qui lui était assignée : la *summa divisio* est conçue sans être rattachée à une opposition entre l'Etat et le droit, sans qu'on attende d'elle qu'elle serve à distinguer des normes de « *nature différente* » et sans qu'on lui confère une portée universelle qu'elle n'a pas.

[34] EISENMANN, p. 941 (voir aussi p. 951).
[35] JELLINEK, pp. 481-482.

Sur la base de ce qui précède, voici un tableau de synthèse :

	Public	Privé
Pouvoir exercé	Puissance publique	Pouvoirs privés
Résultat de son exercice	Normes juridiques publiques (droit public et droit privé)	Normes juridiques privées (conventions)
Exercice de ce pouvoir régulé par...	Le droit public (autorégulation de la puissance publique)	Le droit privé (régulation des pouvoirs privés par la puissance publique)

IV. Confrontation au droit positif actuel

Même si nous n'entrerons pas dans des considérations techniques très raffinées, nous pouvons maintenant nous confronter à une matière plus proprement juridique. Cette confrontation ne vise nullement à prescrire au praticien du droit la manière dont il devrait travailler. Il s'agit plutôt d'éclairer le sens de ma conceptualisation en lui donnant un contexte, ainsi que d'en montrer la validité dans ce contexte. Parce qu'elle a un caractère structuré et déductif, elle donne peut-être l'impression que mes définitions du droit public et du droit privé sont trop rigides ; qu'elles conduisent donc à construire des catégories étanches dont nous avons vu l'irrecevabilité. Je veux montrer que cette impression est trompeuse. Par cette réflexion, nous pourrons comprendre quelle fonction occupe la *summa divisio* dans un ordre juridique.

Pour commencer, citons d'abord MOOR à propos du droit positif :

> « *Il faut ici se garder de céder à un "fantasme" : celui de pouvoir exhaustivement partager l'"ensemble des normes juridiques" en deux masses homogènes, chacune d'elles étant structurée selon un principe d'organisation qui lui serait propre et qui serait exactement opposé à celui qui organise l'autre de ces deux masses* »[36].

Pour séparer le droit positif en deux « *masses homogènes* », on doit avoir un « *principe d'organisation* ». On peut imaginer que ce dernier soit une différence de « *nature* », à laquelle MOOR se réfère par ailleurs. Plus subtilement, on peut aussi demander à un et un seul des critères qu'on utilise en pratique – certains sont mentionnés ci-dessous – de tenir

[36] MOOR, L'opposition, p. 644.

le rôle de principe organisateur. Cependant, quel que soit le choix du principe, il pose un problème. Pour réellement servir à partager l'ensemble des normes juridiques, il devrait être efficace au sens de ma définition du pouvoir. Dès lors, il devrait être repris dans une norme du droit positif, située « *au sommet de la hiérarchie des normes* »[37] et dont l'objet serait l'organisation de l'ensemble du droit positif selon la *summa divisio*. Or, on ne trouve pas telle norme en droit et en créer une serait insensé, puisque sa fonction serait uniquement de prescrire une manière de classer des normes (et donc, de sanctionner ceux qui classent inadéquatement). Plus encore, ce serait vain, pour une raison fondamentale : un système de normes n'appartenant pas à la nature, il n'est pas soumis à la nécessité, si bien qu'il produit toujours ses propres exceptions. Pour le dire de manière plus suggestive, un système de normes est quelque chose de dynamique ; d'animé par des humains. Dès lors, vouloir le figer en l'organisant selon des catégories étanches correspond au « *fantasme* » dont parle MOOR.

Dans le droit positif, il existe des normes juridiques qui se réfèrent au droit public, ou au droit privé. En droit suisse, c'est notamment le cas quand il s'agit de répartir des compétences législatives : celles de créer des normes qui appartiendront au droit public, ou au droit privé[38]. Cependant, elles ont un caractère nécessairement « *sectoriel* »[39] : chacune remplit une fonction qui lui est propre à un certain endroit de l'ordre juridique. En tant qu'elle est prise en charge par le droit positif, la *summa divisio* a donc une grande plasticité, puisqu'elle n'y figure pas, et ne peut pas y figurer, comme principe d'organisation nécessaire et suprême, qui dès lors structurerait « *de l'intérieur* » l'ensemble de ce droit (comme la lignine structure un tronc d'arbre, qui n'est ce qu'il est que parce qu'il est ligneux).

Lorsqu'un ordre juridique reconnaît explicitement la *summa divisio* – comme c'est le cas en Suisse puisqu'elle est nommée en droit positif – le juriste doit souvent faire recours à elle. D'une manière générale, on peut dire que pour prendre la mesure d'une tâche juridique qu'il effectue, il a souvent besoin de classer cette dernière dans l'entrée « *droit public* » ou dans l'entrée « *droit privé* ». Cela peut revenir à classer ainsi une norme juridique, une procédure, ou encore à regarder un objet sous un certain angle[40]. La raison de cette sollicitation de la *summa divisio* est que, selon comment on la classe, la tâche n'est pas la même. Par exemple, les principes juridiques en jeu ne sont pas les mêmes : le principe de bonne foi s'applique en droit privé et celui de proportionnalité en droit public

---

37 MOOR, L'opposition, p. 644.

38 La Confédération a la compétence de légiférer en droit privé et les cantons celle de légiférer en droit public. Les bases légales sont les art. 3 et 122 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) et 6 al. 1 CC. Le partage opéré n'est pas figé, comme en témoignent les transferts de compétences.

39 MOOR, L'opposition, p. 645.

40 Pour se faire une idée plus précise, voir MOOR, Le droit administratif, p. 148.

(même si des interpénétrations existent aussi quant à de tels principes). Dans ce cas, l'opération de classement dont je parle permet de savoir quel principe on peut invoquer. Cette opération n'est pas toujours simple et son résultat n'est pas forcément donné d'avance.

Une opération de classement fait nécessairement appel à un critère de classement, ou à plusieurs. S'agissant de distinguer ce qui relève du droit public de ce qui relève du droit privé, l'idée même d'une division suprême semble supposer l'unicité du critère. Comme ce qui précède l'a laissé entendre, on trouve en réalité une multiplicité de critères. L'usage de chacun de ces critères est circonstanciel : dans un cas, on en utilise un, dans un autre, on en utilise un autre, voire plusieurs. Ces multiples critères ne forment pas un ensemble clos. Ainsi, il arrive donc parfois qu'une décision originale de classement soit prise et qu'elle devienne un critère jurisprudentiel de classement. C'est la raison pour laquelle je signalais que le résultat d'une opération de classement n'est pas donné d'avance[41]. On peut donc énumérer plusieurs dizaines de ces critères sans pouvoir prétendre qu'on les a tous énumérés[42]. En voici quelques uns parmi ceux qu'on mentionne couramment[43]. Le critère de l'intérêt – l'intérêt en jeu est-il public ou privé ? Le critère des sujets – la personne juridique en jeu est-elle une personne de droit public (« *Etat* » ou corporation publique) ou une personne de droit privé (physique ou morale) ? Le critère de la relation – la relation juridique en jeu a-t-elle des *relata* occupant la même position juridique ?[44] Nous pouvons arrêter là cette énumération. Ce qui compte est de voir qu'il y a plusieurs critères et non un seul et de voir que le classement d'une norme dans le droit public ou dans le droit privé n'est donc pas une opération simple. Au moins dans certains cas, parmi lesquels ceux qui font jurisprudence, il s'agit même d'une opération créative : au temps t, quelqu'un décide que, pour telles raisons, telle norme appartient au droit public, ou au droit privé. Or, une décision n'est pas une description, mais une prescription. Nous y reviendrons.

Faisons apparaître le fonctionnement de mes définitions en prenant quelques exemples. En Suisse, la loi fédérale sur la protection des données (LPD)[45] s'applique aussi bien aux organes fédéraux qu'aux personnes privées[46]. Elle vaut donc en droit public et en droit privé. Si l'on tient à diviser le droit en catégories étanches, elle apparaît donc comme une incongruité. Lorsqu'on a à l'esprit ma conception simplement formelle de la *summa divisio*, ce genre de problème ne se pose pas. Ainsi, d'après mes définitions, on remarque que positionner cette loi dans le droit public n'exclut pas qu'on la positionne aussi dans le droit privé, et vice versa. Elle a donc une existence double : conceptuellement parlant, elle

41 Un exemple figure dans MOOR, L'opposition, p. 639.
42 MOOR, L'opposition, p. 644.
43 LE ROY/SCHOENENBERGER, pp. 554-557.
44 MOOR, Le droit administratif, p. 150.
45 Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1.
46 Art. 2 al. 1 LPD.

existe une fois pour la régulation de la puissance publique et une fois pour celle des pouvoirs privés. En pratique, cette distinction conceptuelle pourrait être faite au moyen du critère des sujets : la loi s'applique une fois aux sujets de droit public, une fois à ceux de droit privé. Mais procéder ainsi serait évidemment vain, comme il serait vain de rédiger deux fois la même loi – une fois pour le droit public et une fois pour le droit privé. Le fait que cette loi soit la même en droit public et en droit privé nous montre simplement que le législateur a estimé que les mêmes exigences de protection des données devaient s'appliquer à l'ensemble de l'ordre juridique, c'est-à-dire en droit public *et* en droit privé[47]. On notera, aussi, qu'il aurait pu en aller autrement : au niveau abstrait qui nous intéresse, cette loi aurait aussi bien pu relever du seul droit public, ou du seul droit privé. C'est la *décision* du législateur de l'avoir fait relever des deux, non quelque chose d'inhérent à la « *nature* » de cette loi. Considérons maintenant la possibilité qu'ont certains organes de l'Etat de conclure des contrats de droit privé. Là encore, c'est le fait d'avoir une conception trop rigide de la *summa divisio* qui conduit à tenir cette possibilité pour incongrue. Dans les faits, la norme qui l'autorise à conclure un contrat de droit privé est une norme de droit public : elle régule l'exercice de la puissance ou, si l'on préfère, l'action d'un sujet de droit public. Par contre, les normes qui régulent le contrat sont de droit privé : elles régulent l'exercice des pouvoirs privés. Faut-il alors ajouter le même type d'argument que pour la protection des données ? Dire qu'en fait, le droit privé en jeu ici est conceptuellement repris dans le droit public pour l'occasion d'un tel contrat, mais qu'il serait vain de le signaler ? Je ne le pense pas. En effet, rien dans mes définitions n'interdit que la puissance s'exerce en qualité de pouvoir privé en certaines occasions : la puissance publique est toujours ce qu'elle est mais, dans certains cas prévus par le droit public, les normes par lesquelles son exercice est régulé appartiennent au droit privé. Je pense donc que conceptuellement parlant, le contrat de cet exemple est bien un contrat de droit privé[48]. Ces interpénétrations du droit public et du droit privé sont devenues de plus en plus fréquentes. D'un côté, elles sont liées à la coloration économique prise par la régulation de l'Etat (les politiques de contrôle des dépenses inspirées du fonctionnement des entreprises privées, *etc.*)[49]. De l'autre, elles sont liées à la taille de certaines entreprises privées, qui rapproche leur fonctionnement interne de celui d'Etats (raison pour laquelle les questions de protection des données se posent aujourd'hui à leur propos). On pensera encore aux privatisations et aux interventions massives des autorités publiques dans certains domaines de l'économie (sauvetage de banques, *etc.*). Encore une fois, tout cela paraîtrait poser des difficultés insurmontables avec une conception rigide de la *summa divisio* à l'esprit. Ça n'en pose au contraire pas une fois qu'on a compris que le contenu

47 EISENMANN, p. 966.

48 MOOR, Le droit administratif, p. 151.

49 MOOR, L'opposition, p. 657.

du droit public et celui du droit privé ne sont pas conditionnés par la *summa divisio* elle-même, cette dernière posant seulement une distinction formelle.

Cette mise en contexte et ces brefs exemples nous montrent que la conceptualisation que j'ai proposée ne se brise pas sur les complications du droit actuel. En fait, ces dernières ne se situent pas à un niveau qui les rendrait problématiques. En effet, elles sont de l'ordre du contenu alors que mes définitions sont simplement formelles.

V. Que reste-t-il de la *summa divisio* ?

A ce stade, nous avons d'un côté un système qui permet de définir formellement le droit public et le droit privé. De l'autre côté, nous avons le droit public et le droit privé en tant qu'ensembles de normes, autrement dit en tant qu'ils portent sur un contenu (chaque norme a un contenu particulier en ce sens qu'elle prescrit « *quelque chose* »). Comment cette forme s'articule-t-elle à ce contenu ?

En fait, le travail de formalisation de la summa divisio nous a conduit à « *renoncer à toute théorie qui prétend assigner au droit public et au droit privé [...] des institutions ou des règles déterminées* ». Parce que nous avons dû abandonner l'idée d'une division qui reposerait sur des différences inhérentes aux normes elles-mêmes – des différences objectives qui étaient rendues par le mot « *nature* » –, nous avons renoncé à la prétention de nous servir de la summa divisio pour assigner telle ou telle norme au droit public ou au droit privé simplement en regardant son contenu. Autrement dit, nous avons accepté qu'aucune norme n'est prédéterminée à figurer dans le droit public, ou dans le droit privé. C'est en vertu de ce choix que j'ai pu décrire aux phénomènes qui caractérisent le droit actuel. Si je n'avais pas fait ce choix, j'aurais dû au contraire prescrire quelque chose : une réforme du droit pour qu'il corresponde à une vision idéologique de la summa divisio, ou l'abandon de la summa divisio au motif qu'elle est dépassée. Mais prescrire aurait été parler en idéologue, alors que la tâche que je me suis assignée relève de la description.

La réflexion dans laquelle nous nous sommes engagés nous a conduit à ne pas demander à la *summa divisio* plus que ce qu'elle peut offrir. Ce qu'elle peut offrir, c'est une manière formelle d'organiser le droit, en conformité avec le partage le plus fondamental qui caractérise une république. D'un point de vue dynamique, quand on crée le droit, cette manière d'organiser le droit n'est pas descriptive – contrairement à ce qu'attendent les thèses rejetées ci-dessus. Dans ce cadre, on utilise la *summa divisio* pour prendre des décisions : on décide de telle norme qu'elle appartiendra au droit pulic et de telle autre qu'elle appartiendra au droit privé. Ces décisions, prises par le législateur, et parfois par le juge, ont des effets juridiques de première importance. Ce sont eux qui justifient que la *divisio* dont nous parlons ici se conçoive comme suprême. Pour reprendre l'exemple de la

LPD, c'est le législateur qui décide qu'elle appartient au droit privé et au droit public. Cette décision, prise en se référant à la *summa divisio*, a des effets cruciaux, effets qui seraient tout aussi cruciaux, mais très différents, s'il avait été décidé que la LPD appartiendrait au seul droit public, ou au seul droit privé. On pensera aussi à l'article constitutionnel suivant : « *Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* »[50]. La réalisation des droits fondamentaux était une exigence faite aux sujets de droit public et le constituant a décidé par cet article qu'elle serait aussi exigée dans les rapports de droit privé. Là aussi, la décision est prise en référence à la *summa divisio*. Là aussi, elle a des effets juridiques. Ainsi, pour le dire dans mes termes, la *summa divisio* a cela de suprême que par elle, on décide qui est régulé par une norme donnée ; la puissance publique ou les pouvoirs privés (plus exactement, les organes et personnes détenteurs de la puissance publique ou d'un pouvoir privé). Enfin, on peut bien sûr aussi utiliser la *summa divisio* comme outil descriptif. Cependant, cela ne se fait que dans un second temps. Cet usage porte alors sur la connaissance des décisions précitées ou, quand une de ces décisions est inconnue ou obscure, sur une réflexion interprétative quant au classement d'une norme selon la *summa divisio* – d'où l'utilité d'avoir une multiplicité de critères de classement. Une telle réflexion peut alors elle-même devenir une décision, par exemple lorsqu'elle s'exprime au travers d'une jurisprudence ou qu'elle inspire le législateur.

L'articulation que nous cherchions apparaît maintenant. La *summa divisio* est la forme dans laquelle on *décide* de distribuer des normes, considérées ici en tant que contenus. Ainsi, on décide de distribuer certaines normes dans le droit public, d'autres dans le droit privé, et cette distribution change en fonction de l'évolution de la société. Ce qui ne change pas, à partir du moment où l'on s'en sert, est « *ce par quoi on distribue* », la forme : la *summa divisio*.

VI. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ARISTOTE, Les politiques, trad. P. Pellegrin, Paris, 1990.

BEAUD OLIVIER, La distinction entre public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques, in : Freedland/Auby (éds), The Public / Private Law Divide : une entente assez cordiale ?, Oxford 2006, pp. 21-30.

BEHMER/LAMORT (éds), Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, Aalen 1979 ; cité : D.

[50] Art. 35 al. 3 Cst.

CORNU GERARD, Vocabulaire juridique, Paris 1992.

CRAWFORD M. H. (éd.), Roman Statutes, in : Bulletin of the Institute of Classical Studies, supplement n° 64, Londres 1996.

EISENMANN CHARLES, Droit public, droit privé, in : Revue du droit public LXVIII, Paris 1952, pp. 903-979.

JELLINEK GEORG, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1914.

KELSEN HANS, Théorie pure du droit, Neuchâtel 1953.

LE ROY YVES/SCHOENENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction au droit suisse, 4e éd., Genève 2015.

MOOR PIERRE, Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in : Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, pp. 145-164 ; cité : MOOR, Le droit administratif.

MOOR PIERRE, L'opposition entre droit public et droit privé : un état de la question, in : Mensch und Staat. L'homme et l'Etat. Mélanges offerts à Thomas Fleiner, Fribourg 2003, pp. 639-658 ; cité : MOOR, L'opposition.

NOZICK ROBERT, Anarchie, Etat et utopie, Paris 1988.

PFERSMANN OTTO, Pour une typologie modale de classes de validité normative, in : Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen 1995, pp. 69-113.

TESTU FRANÇOIS-XAVIER, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? in : Recueil Dalloz 1998, Paris 1998, pp. 345-355.

TROPER MICHEL, L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique, in : Revue politique et management public, Paris, mars 1987, pp. 181-198.

WEBER MARC-ANDRÉ, L'opposition public-privé, Neuchâtel 2015 (doc.rero.ch/record/258453).

Deuxième partie – Droit suisse

KURT PÄRLI

« *Publicisation* » des Arbeitsrechts : Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen

Sommaire Page

I. Einleitung 243
A. Die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit – Vom Sinn und Unsinn eines Dogmas 243
B. Problemstellung und Gang der Untersuchung 244

II. Einfluss des Arbeitsvölkerrechts 246
A. ILO-Konvention Nr. 183 246
B. Rechtsprechung des EGMR 248
C. Einfluss des Freizügigkeitsabkommen FZA 250

III. Einfluss des Verwaltungsrechts 251
A. Beschaffungsrecht 251
B. Sozialrecht 252
1. Umsetzung der Spitalplanungspflicht nach KVG : Faktischer GAV-Zwang 252
2. Art. 18*a* IVG : Arbeitsvertrag « *à méthode de la IV* » 253
3. Art. 7*c* IVG : Ein Normeneunuch – (keine) Verpflichtung des Arbeitgebers in der IV 254
4. Sozialhilferechtliche « *Übergriffe* » auf das Arbeitsrecht 255

IV. Bilanz und Reflexion 255

V. Bibliographie 256

I. Einleitung

A. Die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit – Vom Sinn und Unsinn eines Dogmas

Der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit kommt in der Schweiz nach Lehre und Rechtsprechung ein ausserordentlich hoher Stellenwert zu[1]. Die Vertragsfreiheit bildet Ausdruck der Privatautonomie und ist auch verfassungsrechtlich im Rahmen der in Art. 27

[1] BGE 129 III 276, Erw. 3.1 mit Hinweisen aus die herrschende Lehre.

BV ausdrücklich geschützten Wirtschaftsfreiheit anerkannt. Will der Gesetzgeber folglich die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit einschränken, bedarf er dafür eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse oder ein überwiegendes Interesse anderer Privater, weiter muss die Einschränkung verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt der Vertragsfreiheit nicht verletzen.

Die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit umfasst sowohl die Abschluss-, als auch die Inhalts- und Beendigungsfreiheit (Kündigungsfreiheit). Die Schranken dieser Freiheit finden sich in :

- Art. 2 ZGB, Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben ;
- Art. 27-28 ZGB, Persönlichkeitsschutz als Schranke privatrechtlicher Willkür ;
- Art. 19-20 OR, die guten Sitten, die öffentliche Ordnung und das Recht der Persönlichkeit ;
- Art. 328 OR (Pflicht des Arbeitgebers zum Persönlichkeitsschutz) ;
- Zahlreiche öffentlich-rechtliche Schranken, Arbeitsgesetz, Ausländerrecht.

Die Einschränkungen der Vertragsfreiheit basieren im Bereich des Arbeitsvertragsrechts auf wertende Entscheidungen des Gesetzgebers, wonach der Arbeitnehmer sowohl in seiner Würde als auch in seiner Existenz zu schützen ist. In den die Vertragsfreiheit einschränkenden gesetzlichen Bestimmungen kommt der Grundgedanke der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labourorganisation, ILO) zum Ausdruck, wonach die Arbeit nicht einfach eine frei handelbare Ware ist (« *labor is not a commodity* »[2]). Insoweit besteht nicht, wie vielfach aus ideologischen Gründen behauptet wird, ein Widerspruch zwischen beispielsweise Kündigungsschutz einerseits und Vertragsfreiheit andererseits. Sowohl die Privatautonomie und die darauf gestützte Vertragsfreiheit als auch der Arbeitnehmerschutz haben ihre Wurzeln in der verfassungs- und völkerrechtlich geschützten Menschenwürde.

B. Problemstellung und Gang der Untersuchung

In jüngerer Zeit sind verschiedene Entwicklungen festzustellen, die zu einer verstärkten Einschränkung der Vertragsfreiheit führen. Treiber dieser Tendenz sind sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte. Weiter ist ein zunehmender Einfluss des internationalen Rechts zu beachten.

[2] Siehe schon 1944 die Philadelphia-Erklärung der ILO, Quelle : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/normativeinstrument/wcms_193728.pdf (zuletzt besucht am 23.12.2015).

Auf gesetzgeberischer Ebene sind es nicht unbedingt Bestimmungen im engeren arbeitsrechtlichen Sinne, die zu einer Einschränkung der Vertragsfreiheit führen. So schränkt etwa die gesellschaftsrechtlich zu verortende gestützt auf die so genannte « *Abzockerinitiative* » notwendig gewordene Vergütungsverordnung[3] die Freiheit der Arbeitsvertragsparteien in der Salärgestaltung ein. Eine *mittelbare* Einschränkung der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit ziehen auch die Regelungen zum Beschaffungsrecht nach sich. In den einschlägigen kantonalen und bundesrechtlichen Bestimmungen ist regelmässig die Verpflichtung der Anbieter enthalten, nicht nur die gesetzlichen Bestimmungen zum Arbeitsrecht einzuhalten sondern darüber hinaus auch die orts- und berufsüblichen oder branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Wer also als Unternehmer am Beschaffungsmarkt teilnehmen will, ist bezüglich Gestaltung der Arbeitsbedingungen nicht in dem Ausmasse frei, als es die gesetzliche Lage ermöglichen würde (deshalb *mittelbare* Einschränkung der Vertragsfreiheit).

Durch besonderen Fleiss – und zuweilen auch durch eine politikgetriebene Hektik und Unsorgfalt – zeichnet sich der Gesetzgeber im Sozialrecht aus. Zum Teil beinhalten jüngere Revisionen einzelner Sozialversicherungszweige und Sozialhilfeerlasse Bestimmungen, deren (langer) Arm auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis übergreifen.

Es ist aber mitnichten nur der Gesetzgeber, der auf die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit einwirkt. In einer globalisierten Wirtschaft ist nicht erstaunlich, dass sich auch ein zunehmend verdichteter arbeitsvölkerrechtlicher Rahmen bildet, der in der Gesetzgebung und Rechtsprechung Spuren hinterlässt. Jüngstes Beispiel im schweizerischen Arbeitsrecht bildet die ILO-Konvention Nr. 183 zum Mutterschutz[4], die eine Verpflichtung zur bezahlten Stillzeit beinhaltet. Diese völkerrechtliche Normierung musste auch von der Schweiz umgesetzt werden. Bemerkenswert ist vor allem der Einfluss der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auf das nationale Arbeitsrecht. Obwohl die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)[5] selber keine eigentlichen Arbeitsrechte beinhaltet (sieht man von Art. 11 EMRK ab), hat der EGMR durch weite Auslegung der EMRK-Garantien, Entscheide mit beachtlicher Wirkung auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gefällt. Darauf wird zurückzukommen sein.

---

[3] Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013, SR 221.331.

[4] Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz, 2000, abgeschlossen in Genf am 15. Juni 2000, Ratifikationsurkunde hinterlegt am 4. Juni 2014, SR 0.822.728.3.

[5] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950, SR 0.101.

Mit Blick auf die Thematik « *Vertragsfreiheit* » besonders interessant ist die Rolle des Freizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA)[6]. Das FZA bringt einerseits neue und unmittelbar anwendbare Gleichbehandlungspflichten mit sich. Die Arbeitgeber sind kraft FZA gehalten, inländische Arbeitnehmer ihres Betriebes und EU-ausländische Arbeitnehmer gleich zu behandeln, das betrifft sämtliche Phasen des Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses. Dieser Einschränkung der Vertragsfreiheit steht indes eine Ausweitung der vertraglichen Abschlussfreiheit gegenüber, da die Arbeitgeber für EU-ausländische Arbeitskräfte – anders als für Arbeitnehmende aus dem (grossen) Rest der Welt – keiner ausländerrechtlichen Bewilligung mehr bedürfen und auch nicht verpflichtet sind, die Arbeitsverträge von den Behörden kontrollieren zu lassen, was bei den Anstellungen von Personen ausserhalb des EU-Raumes notwendig ist.

Im nächsten Kapitel werden vorerst die Einflüsse des Arbeitsvölkerrechts (ILO und EMRK) sowie des FZA auf das schweizerische Arbeitsprivatrecht dargestellt. Danach folgt eine Auseinandersetzung mit Einflüssen verwaltungsrechtlicher Natur, der Fokus liegt dabei auf dem Beschaffungsrecht einerseits und auf sozialrechtlichen Bestimmungen andererseits. Der Beitrag wird mit einer kurzen Bilanz und Reflexion abgeschlossen.

II. Einfluss des Arbeitsvölkerrechts

A. ILO-Konvention Nr. 183

Das Übereinkommen der ILO Nr. 183 über den Mutterschutz auferlegt den Ratifikationsstaaten eine Reihe von Verpflichtungen zum Schutz der Schwangeren und Mütter. Art. 10 befasst sich mit dem Recht der Mutter und Arbeitnehmerin, während der Arbeitszeit ihr Kind zu stillen. Die Bestimmung lautet :

1. Einer Frau ist das Recht auf eine oder mehrere tägliche Pausen oder eine tägliche Verkürzung der Arbeitszeit zum Bruststillen ihres Kindes zu gewähren.
2. Der Zeitraum, während dessen Stillpausen oder die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit gestattet sind, die Anzahl und die Dauer der Stillpausen und die Verfahren für die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit sind durch die innerstaatliche Gesetzgebung und Praxis festzulegen. Diese Pausen oder die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit sind als Arbeitszeit anzurechnen und entsprechend zu bezahlen.

[6] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Abgeschlossen am 21. Juni 1999 (FZA), SR 0.142.112.681.

Die Schweiz hat das Übereinkommen am 4. Juni 2014 ratifiziert und ist seither völkerrechtlich verpflichtet, die Bestimmungen umzusetzen.

Im bis dahin geltenden Arbeitsrecht fand sich weder in den arbeitsvertraglichen Bestimmungen noch im Arbeitsgesetz eine Regelung, die den stillenden Müttern ein Recht auf bezahlte Stillzeit gewährt. Art. 35*a* Abs. 1 des Arbeitsgesetz (ArG[7]) beinhaltet zwar ein Recht der schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen, nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt zu werden und Art. 35*a* Abs. 2 ArG gewährt den Müttern das Recht, die zum Stillen notwendige Zeit frei zu nehmen. Daraus lässt sich aber kein Anspruch auf Bezahlung der Stillzeit ableiten. Art. 324*a* Obligationenrecht (OR[8]) hält die Verpflichtung der Arbeitgeberin fest, bei fehlender Arbeitsmöglichkeit aus bestimmen Gründen den Lohn (dennoch) für eine beschränkte Zeit auszurichten. Das Stillen ist nicht ausdrücklich unter den Gründen aufgeführt, die in Art. 324*a* OR erwähnt werden. Die Lehre geht denn auch davon aus, dass sich aus Art. 324*a* OR kein Anspruch auf bezahlte Stillzeit ableiten lässt[9].

Um seinen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen nachzukommen, hat der Bundesrat die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)[10] revidiert und eine sog. bezahlte Stillzeit eingeführt. Gemäss Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 muss die Pause, welche eine Arbeitnehmerin während ihrer Arbeitszeit für das Stillen benötigt, in einem begrenzten Ausmass entlöhnt werden und zwar wie folgt :

[2] Stillenden Müttern sind die für das Stillen oder für das Abpumpen von Milch erforderlichen Zeiten freizugeben. Davon wird im ersten Lebensjahr des Kindes als bezahlte Arbeitszeit angerechnet :

a. bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden : mindestens 30 Minuten ;

b. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden : mindestens 60 Minuten ;

c. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden : mindestens 90 Minuten.

Nicht klar ist, wie die Situation aussieht, wenn das zu stillende Kind grossen Durst hat und die in der Verordnung zur Bezahlung vorgesehene Zeit nicht ausreicht. Nach Wortlaut der Norm « *mindestens 30 Minuten* » steht der Annahme, die Zahlungsverpflichtung bestehe auch dann, wenn die Stillzeit länger dauert, nicht entgegen. In der Wegleitung des SECO allerdings ist festgehalten, die Zeit zum Stillen sei freizugeben, über die in der Verordnung

---

7 Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG), SR 822.11.

8 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht), SR 220.

9 HENSCH, mit Hinweisen auf die Lehre, S. 1088 ff.

10 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111.

hinaus festgelegte Zeit sei die Stillzeit nur zu entschädigen, wenn dies zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmerin vereinbart sei[11].

Die Verankerung der bezahlten Stillzeit auf Verordnungsstufe ist vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips problematisch. Die Auferlegung einer Pflicht an die Arbeitgeber, Arbeitszeit zu entlöhnen ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten, bedarf an sich einer klaren gesetzlichen Grundlage[12]. Man kann höchstens argumentieren, angesichts der hinsichtlich Bezahlung der Stillzeit klaren Bestimmung in Art. 10 der ILO-Konvention, sei die Konkretisierung auf Verordnungsstufe zulässig. Demzufolge hat das Parlament die Stillzeit-Bezahlpflicht bereits anerkannt.

B. Rechtsprechung des EGMR[13]

Bei der Entstehung der EMRK war diese klar « *nur* » auf den Schutz der klassischen Freiheitsrechte ausgerichtet[14]. Weder sind in der EMRK ausdrücklich Sozial- und Arbeitsrechte verankert, noch ist sie in privaten Verhältnissen unmittelbar anwendbar. Der EGMR sieht die EMRK jedoch als « *living instrument* » und er hat sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche durch Auslegung in die EMRK integriert[15]. Für die Auslegung der EMRK zieht der EGMR dabei nicht nur die Europäische Sozialcharta (ESC), sondern auch relevante ILO-Abkommen[16] und andere arbeitsvölkerrechtliche Instrumente bei[17]. Zudem berücksichtigt der EGMR auch die Spruchpraxis der ILO-Organe[18] oder der für die Überwachung der ESC zuständigen Organe[19]. Diese Transformation externer Regelungen, anderer internationalen Menschenrechtsverträge und deren Auslegung durch die zuständigen Organe, in die EMRK beinhaltet eine stark *rechtsfortbildende* Dimension[20]. Dieses auch als « *evolutive Auslegung* » bezeichnete Auslegungsprinzip[21] dient dem Ziel

11 Wegleitung des SECO zum ArGV 1, Art. 60 ArGV 1.
12 PERRENOUD, S. 1373 ff.
13 Ausführlich dazu : PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK, S. 1671 ff.
14 MANTOUVALOU, S. 151-172.
15 PALMER, S. 397 ff.
16 EGMR, v. 09.07.2013, Appl. No 2330/09, Păstorul cel Bun ./. Rumänien, Rz 142.
17 EGMR v. 27.11.2014, Appl. No 36701/09, Hrvatski Sindikat ./. Kroatien, Rz 6 ; EGMR, v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./. Türkei, Rz 44 ; EGMR, v. 30.06.1993, Appl. Nr 16130/90, Sigurjonsson ./. Island, Rz 35.
18 EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./. Türkei, Rz 44.
19 EGMR v. 12.11.2008, Appl. Nr. 34503/97, Demir and Baykara ./. Türkei, Rz 35.
20 PÄRLI, Die Bedeutung, S. 435-464.
21 SENDEN, S. 70 ff.

eines praktischen und effektiven Menschenrechtsschutzes[22]. Das Vorgehen ermöglicht dem EGMR, in der EMRK selbst nicht oder nicht ausdrücklich enthaltenen Arbeits- und Sozialrechte durch Auslegung in die EMRK zu integrieren – er betreibt also, mit anderen Worten, « *Integration durch Interpretation* »[23].

Nach Art. 1 EMRK ist der Staat verpflichtet, die EMRK-Rechte zu garantieren. Die EMRK ist also grundsätzlich staatsgerichtet, d.h Private werden durch die EMRK nicht (unmittelbar) verpflichtet[24]. Die Verpflichtung erfasst sämtliche Staatsgewalten, also sowohl den Gesetzgeber als auch die Judikative und die Verwaltung[25]. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich für die Staaten umfangreiche positive Pflichten zum Schutze der Konventionsrechte auch in privaten Verhältnissen zu sorgen, namentlich im Bereich des Arbeitsrechts[26]. Zwar können nur *Staaten* in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten eingeklagt werden[27]. Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch, ungeachtet der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit, in Strassburg Beschwerde eingelegt werden. Auch in diesen Konstellationen beurteilt der EGMR, ob sich die beschwerdeführende Partei auf den Schutzbereich berufen kann und falls ja, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt war[28]. Exemplarisch zeigt dies der Whistleblowing-Fall « *Heinisch* »[29]. Die Beschwerdeführerin machte geltend, der (privatrechtliche) Arbeitgebende habe ihre in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsfreiheit verletzt. Der EGMR wog nun ab, ob die staatlichen Gerichte die Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen (Treuepflicht der Arbeitnehmer/innen) und den Interessen der Arbeitnehmer/innen an der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit richtig vorgenommen hatten. Der EGMR kam zum Schluss, das Ergebnis der Interessenabwägung der deutschen Gerichte verletze die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit von Frau Heinisch.

---

22 SENDEN, S. 73, siehe ferner die Ausführungen des EGMR in EGMR, v. 12.11.2008, Appl. No 34503/97, Demir and Baykara ./. Türkei Rz 66.

23 MANTOUVALOU, S. 536.

24 GRABENWARTER.

25 FROWEIN/PEUKERT, N 11 zu Art. 1 EMRK.

26 BREITENMOSER/WEYENETH, S. 61-94.

27 Das ergibt sich aus Art. 1 EMRK (Die Hohen Vertragsparteien sichern ….) in Verbindung mit Art. 34 EMRK und dem Zusatzprotokoll über das Individualbeschwerdeverfahren. Private sind für das Verfahren in Strassburg nicht passivlegitimiert.

28 NUSSBERGER, S. 130 ff.

29 EGMR vom 21.07.2011, Appl. Nr. 28274/08, Heinisch ./. Deutschland.

C. Einfluss des Freizügigkeitsabkommen FZA

Besondere Erwähnung verdient das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA) und das Parallelabkommen mit der EFTA[30]. Das Herzstück dieser Abkommen ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit, das für den Bereich Arbeit und Beschäftigung im Anhang I konkretisiert wird. Das arbeitsrechtlich relevante Diskriminierungsverbot umfasst den ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses und damit auch die Kündigung. Verboten sind sowohl die direkte wie die indirekte Diskriminierung. Das Diskriminierungsverbot des FZA ist unmittelbar anwendbar ; Arbeitnehmende mit EU/EFTA Staatsangehörigkeit können sich vor schweizerischen Behörden und Gerichten unmittelbar darauf beziehen[31].

Das FZA sieht in Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA die Gleichbehandlung von Arbeitnehmenden aus EU-Staaten und inländischen Arbeitnehmenden vor. Dies gilt auch für Angehörige der EFTA-Staaten. Das Verbot vertraglich vereinbarter Ungleichbehandlung gilt « *hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung* ». Weiter sieht Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA vor, dass diskriminierende Bestimmungen über die Entlohnung und übrige Arbeits- und Kündigungsbedingungen nichtig sind. Diese Bestimmung ist auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar anwendbar und somit sind benachteiligende Vereinbarungen so zu ändern, dass der Gleichbehandlungsanspruch gewahrt bleibt[32].

Ein in diesem Zusammenhang bemerkenswertes Urteil ist dasjenige des Bundesgerichts 4A_593/2009 vom 5. März 2010. Es handelte sich dabei um einen Maurer aus Deutschland, der in Anwendung des Landesmantelvertrages für das Baugewerbe – ein vom Bundesrat genehmigter Vertrag – in die Lohnklasse C eingeteilt wurde. Der Arbeitnehmer reichte eine Lohnklage ein, er sei rückwirkend in die Lohnklasse Q einzuteilen. Diese Einteilung setzt einen anerkannten Fachausweis und eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf einer schweizerischen Baustelle voraus. Das Glarner Obergericht und das Bundesgericht stützen die Auffassung, dass das Kriterium « *schweizerische Baustelle* » eine indirekte Diskriminierung von EU-ausländischen Arbeitnehmer(-innen) zur Folge habe. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf den nicht-diskriminierenden höheren Lohn wurde dementsprechend bejaht[33].

---

30 Zum Diskriminierungsverbot des FZA im Bereich Arbeitnehmende siehe : PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 969 ff. und DELLI, S. 43.

31 BGer v. 05.03.2010, 4A_593/2009, Erw. 1.4.

32 PÄRLI ,Vertragsfreiheit, N 1504.

33 Vgl. dazu ausführlich PÄRLI, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

III. Einfluss des Verwaltungsrechts

A. Beschaffungsrecht

Bund und Kantone verlangen gestützt auf die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften von Unternehmen die öffentliche Beschaffungen ausführen, die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen, namentlich auch hinsichtlich der zu bezahlenden Löhne, wobei regelmässig auf die « *Orts- und Branchenüblichkeit* » oder « *Orts- und Berufsüblichkeit* » abgestellt wird[34]. Anbieter, die ihren gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten gegenüber dem Personal nicht nachkommen, sind vom Verfahren über die Erteilung eines öffentlichen Auftrages auszuschliessen. Die entsprechenden Ausschlussgründe im Vergaberecht sind *sozialpolitisch* motiviert[35], dienen aber auch dem *fairen Wettbewerb* der Anbieter[36].

Auf Bundesebene ist das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)[37] massgebend. Der Bund vergibt nach Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BöB nur Aufträge an Anbieter, welche Arbeitsschutzbestimmungen, die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern sowie die gesamtarbeitsvertraglichen oder normalarbeitsvertraglichen Bestimmungen einhalten. Wo solche fehlen, müssen die Unternehmen die tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen einhalten (Art. 7 Abs. 1 der Verordnung zum BöB)[38]. Zur Bestimmung der orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen enthalten weder das Gesetz noch die Verordnung nähere Angaben. In der Lehre wird denn auch auf die *praktischen Schwierigkeiten* hingewiesen, die sich bei der Festlegung der « *branchenüblichen Vorschriften* » ergeben[39].

Im Kanton Bern sieht Art. 8 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über das Beschaffungswesen (ÖBG)[40] vor, dass ein Auftraggeber sanktioniert wird, der seinem Personal nicht Arbeitsbedingungen bietet, welche namentlich hinsichtlich Entlöhnung, Lohngleichheit für Mann und Frau sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung und dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen. Wer diese Bedingungen im Zeitpunkt der Offertstellung nicht erfüllt, wird Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. f der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV)[41] von der Teilnahme im Vergabeverfahren

---

34 WILDHABER, N 47 ff.

35 JÄGER, N 39.

36 So das bernische Verwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 24. August 1999 i.S. H. AG und Paritätische Berufskommission (VGE 20757/20758), Erw. 2b.

37 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1.

38 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB), SR 172.056.11.

39 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 519.

40 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) vom 11. Juni 2002, BSG 731.2.

41 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV) vom 16. Oktober 2002, BSG 731.21.

ausgeschlossen. Art. 24 Abs. 3 ÖBV hält ergänzend fest, dass bei Fehlen eines Gesamtarbeitsvertrages die orts- und berufsüblichen Vorschriften gelten würden.

Das Beschaffungsrecht verpflichtet als Unternehmen zur Gewährung von Arbeitsbedingungen, die über das hinausgehen, was der Gesetzgeber an zwingenden öffentlich-rechtlichen oder an absolut und relativ zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrecht bereit hält. Dieses Phänomen zeigt sich auch in weiteren Bereichen. So kann eine kantonale Norm den Erhalt kantonaler Landwirtschaftssubventionen von der Einhaltung eines Normalarbeitsvertrages (NAV-Agri) abhängig machen. Rein formal können die Parteien des Einzelarbeitsvertrages schriftlich von Art. 5 Abs. 1 NAV-Agri über die Höchstarbeitszeit abweichen. Als Teilnehmer am Agrarmarkt ist ein Genfer Landwirt indessen faktisch gezwungen, den Normalarbeitsvertrag auf die Arbeitsverhältnisse mit seinen Arbeitnehmern anzuwenden, wenn er kantonale Subventionen erhalten oder ausländische Arbeitnehmer anstellen will[42].

In der Schweiz ist der Widerstand gegen gesetzlichen Mindestlohn regelmässig gross. Mindestlöhne sind wegen dem Primat der Vertragsfreiheit politisch tabu. Das Beispiel des Beschaffungsrechts zeigt indes, dass zahlreiche staatliche Vorschriften bestehen, die im Ergebnis einer staatlichen Lohnregelung gleichkommen. Der Gesetzgeber verzichtete jedoch auf in Franken festgelegte Minimallöhne, stattdessen statuiert er eine Pflicht zur Orientierung an Referenzlöhnen. Diese Methode erlaubt eine adäquate Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten. Im Ergebnis wird die Vertragsfreiheit mittelbar allerdings weit mehr eingeschränkt als wenn nur ein Mindestlohn gesetzlich vorgeschrieben wird, verlangt wird nämlich ein marktüblicher Lohn.

B. Sozialrecht

1. Umsetzung der Spitalplanungspflicht nach KVG : Faktischer GAV-Zwang

Die Spitalfinanzierung basiert auf einem komplexen System kantonaler und bundesrechtlicher Kompetenzen und Aufgaben. Die Kantone können nur solche Institutionen in ihre Spitalliste aufnehmen, die den bundesrechtlichen Voraussetzungen entsprechen, dazu gehört auch, dass Private und öffentliche Unternehmen als Leistungserbringer in einem fairen Wettbewerb gleichlange Spiesse haben sollen.

Viele Kantone haben in ihren kantonalen Umsetzungsgesetzen zur Spitalplanung auch Bestimmungen aufgenommen, die den Leistungsanbietern Vorschriften hinsichtlich Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen auferlegen. So sieht z.B. das Tessiner

[42] BGer 4C_2/2013, ARV 2013, S. 317.

Anwendungsgesetz zur Spitalfinanzierung vor, dass die Spitäler die üblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten haben. Nach BGE 138 II 398 steht eine solche Bestimmung im Interesse des Arbeitnehmerschutzes und sorgt für gleich lange Spiesse im Spitalwettbwerb. Es liegt deshalb, so das Bundesgericht, weder ein Verstoss gegen das KVG noch gegen die Verfassung vor.

Im Kanton Bern müssen nach Art. 50 des Spitalversorgungsgesetz (SpVG)[43] die Listenspitäler entweder über einen GAV verfügen, sich dem GAV der Branche anschliessen oder Arbeitsbedingungen vorsehen die dem Niveau des Referenz-GAV entsprechen. Bei einem vertraglosen Zustand legt der Regierungsrat die Referenzbedingungen fest. Im Lichte des gerade erwähnten BGE 138 II 398 ist auch die bernische Regelung als zulässig zu erachten. Der Gesetzgeber darf also im Spitalwesen von den Leistungsanbietern, die auf der kantonalen Spitalliste aufgeführt sind, die Einhaltung von Arbeitsbedingungen verlangen, die denjenigen des Branchen-GAV entsprechen. Unzulässig wäre jedoch, die Spitäler formell zum Abschluss eines GAV zu zwingen. So hat das Bundesgericht in BGE 124 I 107 entschieden, dass staatliche Hilfe für Unternehmen eben nicht an die Voraussetzung des Abschlusses eines Gesamtarbeitsvertrages zu knüpfen ist, nie dies eine jurassische Volksinitiative verlangte.

Das verstosse gegen Bundesrecht, sei ist unverhältnismässig und verletze namentlich das Gesetz über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)[44] und die Vereinsfreiheit.

2. Art. 18*a* IVG : Arbeitsvertrag « *à méthode de la IV* »

Bis vor zwanzig Jahren stand bei der Arbeitslosenversicherung (ALV) und der Invalidenversicherung (IV) die Absicherung von Einkommensverlust im Vordergrund. Seitdem wird immer stärker auch auf Aktivierung der Arbeitssuchenden gesetzt. Zur Umsetzung des Eingliederungsparadigmas sehen die gesetzlichen Grundlagen der ALV und IV ein ganzes Bündel an Massnahmen vor, die einerseits die Versicherten mit « *arbeitsmarktlichen Massnahmen* » (ALV) und « *Massnahmen der beruflichen Eingliederung* » (IV) unterstützen und andererseits den Versicherten erhebliche Verhaltenspflichten auferlegen.

Nach Art. 18*a* des Invalidenversicherungsgesetzes (IVG)[45] kann die IV einer versicherten Person einen Arbeitsplatz für längstens ein halbes Jahr zuweisen (Arbeitsversuch). Die

---

43 Spitalversorgungsgesetz vom 13. Juni 2013, BSG 812.11.

44 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311.

45 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20. Art. 18*a* IVG wurde 2011 im Rahmen der 6. IV-Revision (erstes Massnahmepaket) in der heute geltenden Fassung ins Gesetz aufgenommen.

Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer hat keinen Lohnanspruch, erhält jedoch ein IV-Taggeld. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich festgelegt, dass hier zwar kein Arbeitsverhältnis nach OR vorliegt, aber zentrale Bestimmungen sinngemäss Anwendung finden (Art. 18*a* Abs. 3 lit. a-k OR). Die versicherte Person sieht sich in einem Arbeitsversuch einer doppelten Unterordnung gegenüber, einerseits gegenüber der IV und gegenüber dem Arbeitgeber, dem das Weisungsrecht nach Art. 321*d* OR zukommt.

Durch Bundessozialversicherungsrecht wurde auf diese Weise ein neuer Typus « *Arbeitsvertrag* » geschaffen, was grundsätzlich problematisch ist, denn Verträge über das Erbringen von Arbeitsleistungen sind grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Das gilt etwa im Bereich des Lehrvertrages auch dort, wo dem Staat eine Überwachungsfunktion zukommt (Lehraufsichtsbehörden). Zudem ist der « *Arbeitsvertrag à la méthode* » der IV keine sehr durchdachte Konzeption. Der neue Vertragstypus bringt vielmehr zahlreiche Probleme mit sich. So ist bsw. nicht klar, wie die Arbeitgeberin ihr Weisungsrecht durchsetzen kann bzw. können soll (via IV ?). Nicht geklärt sind weiter der Rechtsweg bei Streitigkeiten zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Haftungsfrage, wenn der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zu Schaden kommt und die (vorzeitige) Beendigung des Arbeitsversuches. Nach den Vorstellungen der IV liege bei einem Arbeitsversuch auch eine Unterstellung unter das Unfallversicherungsgesetz (UVG) vor, was jedoch mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kaum zutrifft[46].

3. Art. 7*c* IVG : Ein Normeneunuch – (keine) Verpflichtung des Arbeitgebers in der IV

Art. 7*c* IVG sieht vor, dass der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeitet und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirkt. Diese Bestimmung wurde im Rahmen der fünften IV-Revision eingeführt. Sie hat jedoch kaum eine praktische Bedeutung, hat doch der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Arbeitgeber bei Nichtkooperation mit der IV in die Pflicht zu nehmen. Die Norm ist, um es etwas harsch auszudrücken, ein « *Normeneunuch* ».

Wenig praxisnah erscheinen deshalb Hinweise in der Lehre, wonach die Mitwirkung der Arbeitgebenden nach Art. 7*c* IVG eine Konkretisierung der privatrechtlichen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR darstelle und « *der Arbeitnehmer vor Arbeitsgericht vom Arbeitgeber die Erfüllung der Fürsorgepflicht oder Schadenersatz wegen deren Nichterfüllung einfordern kann* »[47]. Es sind aber Konstellationen denkbar, in denen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer eine Zusammenarbeit mit der

[46] BGer 8C_503/2011, Erw. 3.1 bis Erw. 3.5.

[47] BUCHER, Rz 532 m.V.a. Amtl. Bull. 2006, SR 602 und NR 1172.

Invalidenversicherung bewusst nicht wünscht. In dieser Situation stellt z.B. die Meldung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber an die IV zur Früherkennung gerade keine Massnahme dar, die gestützt auf die Fürsorgepflicht gerechtfertigt werden kann[48].

4. Sozialhilferechtliche « *Übergriffe* » auf das Arbeitsrecht

Arbeitsintegrationsprogramme, wie sie in der ALV und IV üblich sind, finden sich zunehmend auch in der Sozialhilfe. Bei den jüngeren Revisionen kantonaler Sozialhilfegesetze, wurden insbesondere die Integrations- und Mitwirkungspflichten der Sozialhilfeempfänger/innen verstärkt. Als störend werden in den Augen der Sozialhilfebehörden und der Gesetzgeber regelmässig auch Daten- und Persönlichkeitsschutzrechte empfunden, die grundsätzlich auch Sozialhilfeempfänger/innen zukommen. Aus diesem Grunde werden in den kantonalen Erlassen Bestimmungen aufgenommen, die den Behörden umfassende Kompetenzen zur Datenbeschaffung und Datenbearbeitung verleihen.

Besonders weit geht der Gesetzgeber im Kanton Bern. Nach Art. 8*c* Abs. 1 lit. d des bernischen Sozialhilfegesetzes (SHG)[49] sind auch private Arbeitgeber verpflichtet, gegenüber den Sozialhilfebehörden Auskünfte über Personen zu erteilen, die Sozialhilfe beziehen. Diese öffentlichrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers steht dabei im Widerspruch zur arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmung in Art. 328*b* OR, wonach die Arbeitgeberin nur Daten bearbeiten darf, die mit der Eignungsabklärung des Arbeitnehmers oder mit der Durchführung des Arbeitsvertrags zu tun haben[50]. Für das Bundesgericht stellt Art. 8*c* Abs. 1 lit. d SHG jedoch keinen Verstoss gegen Bundesprivatrecht dar[51].

IV. Bilanz und Reflexion

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit durch verschiedene Entwicklungen der jüngeren Zeit stärkeren Einschränkungen unterworfen ist. Eine nähere Betrachtung zeigt allerdings auch, dass die Vertragsfreiheit auch erweitert wurde. Das betrifft namentlich das Freizügigkeitsabkommen, das zu einer wesentlichen Erweiterung der vertraglichen

---

48 Auch nach MURER handle der Arbeitgeber meistens « *unklug* », wenn er gegen den Willen des Arbeitnehmers Meldung erstatte, verletze aber nicht seine Fürsorgepflicht, wenn die Meldung (auch) im Interesse des Arbeitnehmers geschehe. S. MURER, N 53 zu Art. 3*b* IVG.

49 Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe vom 11. Juni 2001, BSG 860.1.

50 KETTIGER, Rz 6.

51 BGE 138 I 331, Erw. 8.4.4.

Abschlussfreiheit beiträgt. Unternehmen können Arbeitskräfte mit Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates ohne ausländerrechtliche Bewilligung anstellen. Eine sehr starke Bedrohung für diesen Gewinn an Vertragsfreiheit stellt allerdings die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative dar.

Der zunehmende Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse führt zu durchaus legitimer Kritik an einer stark ausufernden Rechtsfortbildung[52]. Zu beachten ist allerdings, dass die mit dieser Rechtsprechung einhergehende Einschränkung der Dispositionsmacht des Arbeitgebers durch einen Gewinn an materieller Vertragsfreiheit besonders verletzlicher Arbeitnehmer kompensiert wird.

Auffallend sind neuere Tendenzen eines « *Übergriffs* » des ausufernden Sozialrechts auf arbeitsvertragliche Verhältnisse. Hier wäre wünschenswert, der Gesetzgeber würde sich weniger durch die politisch aufgeheizte Debatte um angeblichen und tatsächlichen Sozialleistungsmissbrauch beeinflussen lassen und in grosser Hektik wenig sorgfältig bedachte gesetzgeberische Reformen durchführen. Es spricht einiges dafür, dass notwendige Flexibilität *innerhalb* des historisch gewachsenen Arbeitsvertragsrechts durchgeführt werden.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011.

HENSCH ANGELA, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 8/2012, S. 1088 ff.

BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Europarechtliche Mindeststandards im Schweizer Arbeitsrecht, in : Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 61-94.

DELLI CHANTAL, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende ? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Diss. Basel 2008, Basel 2009.

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl 2009.

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Zürich/Basel/Genf 2013.

[52] Siehe für eine grundsätzliche Kritik am EGMR, SEILER, S. 265 ff.

GRABENWARTER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Müchen/Basel/Wien 2009.

JÄGER CHRISTOPH, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und Rechtsschutz, in : Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Freiburg 2014, S. 325 ff.

KETTIGER DANIEL, Der Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis im Lichte von Auskunftspflichten des Sozialhilferechts am Beispiel des Kantons Bern, in : Jusletter vom 2. April 2012.

MANTOUVALOU VIRGINIA, Are Labour Rights Human Rights?, in : European Labour Law Journal 2012, Nr. 3, S. 151-172.

MURER ERWIN, Invalidenversicherung : Prävention, Früherfassung und Integration, Bern 2009.

NUSSBERGER ANGELIKA, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Arbeitsrecht, in : Arbeit und Recht, Nr. 4-2014, S. 130 ff.

PALMER ELLIE, Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights : Trends and Developments in the European Court of Human Rights, Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 04, 2009, S. 397 ff.

PÄRLI KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in : Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St.Gallen 2014, S. 435-464 ; zitiert : PÄRLI, Die Bedeutung.

PÄRLI KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 12/2015, S. 1671-1701 ; zitiert : PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK.

PÄRLI KURT, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz – mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union, in : Jusletter vom 7. Februar 2011 ; zitiert : PÄRLI, Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis : Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 ; zitiert : PÄRLI, Vertragsfreiheit.

PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015.

SENDEN HANNEKE, Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge/Antwerp/Portland 2011.

SEILER HANSJÖRG, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in : ZBJV 150, 2014, S. 265-368.

WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV online 2014, Nr. 1.

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*

Les obstacles à la privatisation de la fonction publique

Sommaire

		Page
I.	Introduction	259
II.	Fonction publique, employés publics, privatisation	261
III.	Le droit applicable aux employés de l'Etat, *de lege lata*	264
	A. Généralités	264
	B. Le recours au droit privé pour certaines catégories d'employés au sein d'une même collectivité ou entité publique	265
	1. Légalité	265
	2. Egalité de traitement	266
	3. Nature de la tâche ?	267
	C. Le recours au droit privé pour l'ensemble des employés d'une entité publique	270
IV.	Les obstacles à la privatisation de la fonction publique	272
V.	Conclusion	275
VI.	Bibliographie	276

I. Introduction

Depuis le milieu des années 1990, on assiste à un mouvement de convergence entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique. Celui-ci s'exprime par l'emprunt et l'empreinte de notions de droit privé du travail dans les règles régissant la fonction publique ou inversement par une influence des règles du droit public dans la relation de droit privé. Ces phénomènes sont connus et ont fait l'objet de plusieurs études ou contributions[1] ; ils sont également le thème des deux thèses rédigées par Mesdames CATHERINE BOUVERAT et HÉLOÏSE ROSELLO dans le cadre du projet de recherche lancé par

* Je remercie Madame TIFENN BEURET, assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide apportée dans la mise au point de ce texte.

1 *Cf.*, notamment, AUBRY GIRARDIN ; BELLANGER (2000) ; BELLANGER/ROY ; DONATSCH ; HAFNER ; HANGARTNER ; HELBLING (2002) ; MAHON/ROSELLO ; MICHEL ; MOSIMANN ; NGUYEN ; RICHLI (1998) ; RHINOW ; SUBILIA-ROUGE ; TANQUEREL (2015) ; TANQUEREL (2012) ; TANQUEREL (2000).

les Professeurs JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON et financé par le Fonds national suisse FNS.

La question a été ensuite naturellement de se demander s'il est possible de faire le pas et de parvenir à un régime de travail unifié, que l'employeur soit l'Etat ou une entité privée, et d'évoquer ce qui pourrait constituer un obstacle à la mise en place d'un régime unique, celui-ci étant le régime du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO)[2] applicable aux employés de l'Etat. Cette interrogation n'est pas nouvelle puisque la Confédération avait envisagé cette solution lors de l'adoption de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers)[3] destinée à remplacer l'ancien Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 ; mais le Conseil fédéral y a finalement renoncé, sans que l'on sache si les raisons de cet abandon étaient d'éventuels obstacles juridiques ou des motifs politiques[4]. La doctrine s'est également largement penchée sur cette thématique et n'est généralement pas favorable à l'application du droit privé pour les employés de l'Etat[5]. La présente contribution revient sur la problématique des obstacles à la privatisation de la fonction publique à un moment où les collectivités publiques voient pour beaucoup leur organisation se modifier pour s'adapter aux nouvelles tâches qui sont les leurs dans un contexte de libéralisation respectivement de développement d'activités économiques étatiques. Elle se propose de s'arrêter sur d'autres critères d'analyse permettant, comme on le verra, de conforter la position de la doctrine dominante ainsi que celles que semble prendre le Tribunal fédéral dans des arrêts récents.

La contribution débute par la définition de certaines notions (*infra*, II.) et fait l'état des lieux de l'application du régime de droit privé dans des régimes de travail dans lesquels l'employeur est une entité étatique (*infra*, III.). Est ensuite abordée la question de savoir quels sont les obstacles à la mise en place d'un régime général de droit privé pour les agents de l'Etat (*infra*, IV.).

A noter que dans cette contribution nous ne nous penchons pas sur la question de la mise en œuvre de ce que nous appelons le droit public du travail, à savoir les normes de droit public dont le but est de protéger la santé des travailleurs du secteur privé voire du secteur

---

2 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Code des obligations, CO), RS 220.

3 Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

4 Message LPers, p. 6175. Sur cette question : TANQUEREL (2012), p. 56 ; RICHLI (2000), p. 87.

5 *Cf.*, notamment, DONATSCH ; RICHLI (1998) ; TANQUEREL (2012). *Contra*, notamment, HELBLING (2004) ; GIRARDET.

public, en particulier la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr)[6].

II. Fonction publique, employés publics, privatisation

Le terme de « *fonction publique* » désigne généralement, dans le langage courant, l'ensemble du personnel affecté au service de l'Etat et soumis à un statut. Dans le même sens, le droit de la fonction publique désigne le « *corpus* » législatif régissant les droits et obligations de ces personnes et de l'Etat dans leur relation réciproque. Enfin, le statut de la fonction publique désigne souvent les droits et obligations découlant de ce « *corpus* » législatif.

En utilisant le terme de « *fonction publique* », nous nous référons dans la présente contribution à l'ensemble du personnel affecté au service d'une entité étatique, d'une part, et soumis à un régime de droit public, d'autre part.

Par « *entité étatique* », nous désignons tant l'administration centrale (dite aussi « *petit Etat* ») que les établissements de droit public et les corporations de droit public composant l'administration décentralisée (dite aussi « *grand Etat* »), et ce aux trois niveaux de collectivités publiques que sont la Confédération, les cantons et les communes. Dans le contexte d'une classification non uniforme des entités administratives[7], le critère déterminant est ici le statut de droit public de l'employeur. Ce statut est inhérent aux collectivités publiques alors qu'il est conféré par la loi aux entités décentralisées qui en dépendent. N'est en revanche pas une entité étatique une société de droit privé qui serait entièrement ou majoritairement détenue par une collectivité publique, qu'elle soit ou non chargée de l'accomplissement d'une tâche publique.

Par régime de droit public, nous entendons la législation autre que le CO régissant les rapports de service ou de travail des personnes au service des entités étatiques. Il s'agit avant tout de la LPers au niveau fédéral, des 26 lois cantonales sur le personnel de l'administration cantonale et des plusieurs milliers de statuts communaux, pour les

---

[6] Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr), RS 822.11. Sur cette question, voir les contributions de GABRIEL AUBERT et de STÉPHANIE PERRENOUD dans le présent ouvrage.

[7] BELLANGER (2000), pp. 45 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, p. 356 ; DUBEY/ZUFFEREY, p. 19 ; JAAG (2015), p. 629 ; TANQUEREL (2011), p. 35 ; TANQUEREL (2000), p. 8. Voir, en guise d'illustration et de comparaison avec la classification généralement faite par la doctrine, les art. 7 à 7*b* de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA ; RS 172.010.1) ainsi que l'Annexe 1 à cette ordonnance.

collectivités publiques, ainsi que des lois et statuts particuliers régissant le personnel de milliers d'entités décentralisées.

Par ailleurs, nous entendons dans cette contribution par « *employé public* » toute personne qui se trouve dans un rapport de travail ou de service avec un employeur étatique. C'est la personne de son employeur, et non le droit régissant la relation, qui en fait un employé public. En revanche, est indifférent le fait que la relation de cette personne avec son employeur ait été nouée par une nomination sur le modèle des statuts traditionnels de la fonction publique ou par un contrat sur le modèle de lois plus récentes. Nous excluons en outre du propos les magistrats élus ainsi que les personnes liées à l'Etat par un contrat de service, notamment par le mandat.

La notion de « *privatisation* » vise quant à elle différents phénomènes du droit de l'organisation et de la gestion de l'Etat. Elle peut concerner les structures étatiques, les tâches publiques ou l'exécution de celles-ci. Dans ce domaine également, les définitions ne sont pas univoques[8]. Elles le sont encore moins qu'en amont la notion de « *tâches publiques* » n'est pas non plus uniformément admise[9]. Avec RÜTSCHE, dont la récente contribution sur la question est certainement appelée à faire référence, nous retenons que les tâches publiques sont celles qui doivent être accomplies sur mandat du constituant ou du législateur[10].

Il y a privatisation des structures lorsqu'une unité de l'administration centrale ou une entité décentralisée est démise de son statut public et transformée en société de droit privé. La Confédération préconise la forme juridique de droit privé pour les entités qui offrent des prestations sur le marché, régulé le cas échéant, dont l'activité ne relève pas de la puissance publique et qui sont financées essentiellement par des recettes leur conférant une autonomie économique[11]. Autre est ensuite la question de savoir si la collectivité publique demeure propriétaire ou se dessaisit des actions de la société ainsi créée, comme cela pourrait être le cas de la future Alcosuisse SA, actuellement centre de profit de la Régie fédérale des alcools et destinée à être cédée dans le public[12]. Ce sort est souvent fonction de la nature de la tâche confiée à ladite entité par la collectivité publique et du choix politique de celle-ci d'en garder le contrôle de l'exécution (privatisation de l'exécution de la tâche) ou de l'abandonner au marché (privatisation de la tâche).

---

8 *Cf.*, notamment, BELLANGER (2001), p. 39 ; JAAG (2015) ; JAAG (2000), p. 30 ; UEBERSAX, p. 398.

9 *Cf.*, notamment, RÜTSCHE.

10 RÜTSCHE, p. 158.

11 Rapport explicatif AFF, p. 8.

12 Message Loi sur l'alcool, p. 8.

Il y a privatisation de l'exécution d'une tâche publique ou, selon la terminologie du Conseil fédéral, privatisation partielle[13], lorsque la collectivité publique décide de charger un tiers, privé, de l'accomplir. La responsabilité de l'exécution de la tâche est confiée ou transférée au tiers mais la tâche reste une tâche publique[14]. Tel est par exemple le cas de la gestion de l'assurance-maladie obligatoire, qui est assurée par des caisses-maladie privées. Le modèle de la privatisation partielle est proche de la décentralisation administrative, dans le cadre de laquelle la collectivité publique transfère également à un tiers la responsabilité de l'exécution d'une tâche publique, mais à une entité publique disposant d'une certaine autonomie[15]. Au niveau fédéral, le choix entre une opération de décentralisation ou de privatisation partielle est fonction de la nature de la tâche publique en cause, selon qu'elle est, en fonction de la terminologie retenue par la Confédération, de nature monopolistique ou qu'elle relève de prestations fournies sur un marché, régulé ou non ; c'est l'objet du Rapport sur le gouvernement d'entreprise que d'exposer sur quels critères ce choix doit être fait[16].

Il y a enfin privatisation de la tâche lorsque l'Etat abandonne une activité au secteur privé et se retire de celui-ci[17]. Dans un tel cas, par définition, il n'y a plus de tâche publique puisqu'aucun mandat n'est plus confié par le constituant ou le législateur. L'activité en cause est alors laissée au marché.

Il est le lieu de préciser que la classification des tâches publiques n'est pas uniforme en doctrine administrative. A la traditionnelle distinction entre tâches de police (ou de puissance publique) et tâches de service public (ou relevant de l'administration de prestations)[18] s'ajoutent, selon les auteurs, les activités économiques[19], les tâches d'administration de gestion[20], ainsi que les tâches auxiliaires, relevant selon la terminologie allemande de la « *Bedarfsverwaltung* », désignant la couverture des besoins courants de l'administration[21] voire également les moyens nécessaires à l'engagement et au fonctionnement du personnel étatique[22].

---

13 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 13.

14 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, pp. 13-14.

15 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, p. 376 ; DUBEY/ZUFFEREY, pp. 19 ss ; Rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 13 ; TANQUEREL (2011), pp. 35 ss.

16 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, pp. 28 et 32.

17 BELLANGER (2001), p. 55 ; Rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 13.

18 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, p. 10 ; TANQUEREL (2011), p. 6.

19 BELLANGER (2016), p. 48 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 27.

20 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 26.

21 POLTIER, p. 195 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, p. 27.

22 DUBEY/ZUFFEREY, p. 49.

Dans la présente contribution, la privatisation vise encore un autre phénomène. Elle concerne, comme hypothèse de travail, le fait de soumettre les rapports de service ou de travail des employés publics au droit privé. Dans ce cas, le recours au droit privé est direct puisque ce régime se substitue alors au régime de droit public applicable aux employés de l'Etat. Il se distingue de l'hypothèse dans laquelle il est fait appel au droit privé appliqué à titre de droit public supplétif, par renvoi de la loi de droit public applicable au personnel ou en guise de comblement d'une lacune[23].

III. Le droit applicable aux employés de l'Etat, *de lege lata*

A. Généralités

Traditionnellement, le droit ou statut de la fonction publique constitue un régime propre qui ne relève pas du droit privé[24]. Il est constitué de règles relevant du droit public dont la collectivité publique en cause s'est dotée pour la gestion de son personnel, respectivement dont elle a doté les entités qu'elle a créées. La réserve de l'art. 342 al. 1 lit. a CO, qui prévoit que les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public sont réservées, sauf en ce qui concerne les art. 331 al. 5 et 331*a* à 331*e* CO, permet aux collectivités publiques de librement adopter leur propre statut du personnel et de soumettre la relation de service à des règles qui leur sont propres. Ces règles peuvent ne pas correspondre matériellement aux règles régissant la relation de travail du droit privé. D'ailleurs, quand bien même le statut de droit public apparaît de façon générale globalement plus favorable que le régime du Code des obligations, il peut comporter par rapport à celui-ci des contraintes plus sévères sur certains points[25].

Toutefois, il apparaît que tous les travailleurs au service d'une entité publique ne sont pas soumis au régime traditionnel de la fonction publique. Il est un certain nombre de travailleurs respectivement de catégories de travailleurs dont les relations de travail avec leur employeur sont soumises au droit privé. Autrement dit, la privatisation des rapports de travail n'est pas chose inconnue pour les collectivités publiques.

---

23 TANQUEREL (2012), p. 65.

24 Pour une présentation historique, voir la contribution de STÉPHANIE PERRENOUD dans le présent ouvrage.

25 ATF 139 I 57, c. 5.1.

Cela s'explique par le fait que la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)[26] ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques, qu'il est admis qu'il est certaines situations dans lesquelles il existe le besoin d'un recours au droit privé et que par conséquent il n'existe pas d'exclusion générale du recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique[27]. Cela étant, la situation juridique est différente selon que le recours au droit privé concerne certaines catégories d'employés au sein d'une même collectivité ou entité publique (*infra*, B.) ou si l'entier du personnel de ladite entité voit son statut régi par le droit privé (*infra*, C.).

B. Le recours au droit privé pour certaines catégories d'employés au sein d'une même collectivité ou entité publique

Les collectivités et entités publiques peuvent, dans leurs statuts du personnel, prévoir que le droit privé s'applique à certaines catégories du personnel. Dans ce cas, la privatisation du statut est partielle puisque seuls certains employés sont soumis à un régime de droit privé, le personnel de l'entité concernée étant par ailleurs généralement soumis à un statut de droit public.

La privatisation partielle du statut doit répondre aux conditions de la base légale (*infra*, 1.) et de l'égalité de traitement (*infra*, 2.). La jurisprudence récente semble ajouter comme condition que les tâches confiées à la personne en cause ne soient pas liées au bon fonctionnement de l'Etat, ce que nous discutons ci-après (*infra*, 3.).

1. Légalité

Le recours au régime de droit privé doit tout d'abord respecter le principe de la légalité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un tel engagement de droit privé suppose en tous les cas qu'il trouve un fondement dans une réglementation claire et sans équivoque et qu'il ne soit pas exclu par le droit applicable[28]. Autrement dit, une base légale formelle doit permettre le recours au droit privé.

La base légale en cause peut consister en une indication selon laquelle le recours au droit privé est possible dans certains cas de figure, comme le fait l'art. 6 al. 5, première phrase,

---

[26] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

[27] TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1, et les références.

[28] TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1 ; TF, arrêt 8C_467/2012 du 14 février 2013, c. 5.4.1 ; ATF 118 II 213, c. 3. Pour un exposé de la doctrine suggérant de renoncer à l'exigence de la base légale : TANQUEREL (2012), p. 72.

et al. 6 LPers qui prévoit que le Conseil fédéral peut soumettre au CO certaines catégories de personnel, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, lorsque cette mesure se justifie, ainsi que d'autres employés dans des cas particuliers dûment justifiés. Elle peut aussi consister en l'indication, dans la disposition relative au champ d'application du statut du personnel, que celui-ci ne s'applique pas à certaines catégories d'employés comme c'est le cas notamment des apprentis engagés par la Confédération mais soumis à la loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002[29] (art. 2 al. 2 let. b LPers).

En présence d'entités décentralisées ou de communes, l'analyse de la possibilité de recourir au droit privé doit être faite tant sous l'angle du droit supérieur – loi de décentralisation, loi cantonale sur les communes – que sous l'angle des prescriptions autonomes de l'entité ou de la commune en cause.

La doctrine est partagée sur la question de savoir si, s'agissant d'entités décentralisées, la loi de décentralisation doit expressément les autoriser à recourir au droit privé ou si elles sont libres de fixer elles-mêmes ce statut si le législateur fédéral ou cantonal n'a rien prévu[30]. A notre sens, la densité normative liée à l'exigence de légalité en la matière s'oppose à ce que les entités décentralisées s'autorisent elles-mêmes à recourir au droit privé ; la loi de décentralisation devrait pour le moins contenir une clause de délégation pour couvrir cette éventualité. S'agissant des communes, l'analyse est différente dans la mesure où elles sont dotées d'un organe délibératif que les entités décentralisées n'ont pas. Par conséquent, un statut du personnel communal dispose de la densité normative suffisante s'il est adopté par l'organe délibératif, satisfaisant alors à l'exigence d'une base légale formelle.

A noter que ce qui précède ne vaut pas lorsque l'employeur, bien que chargé d'accomplir une tâche publique, est une entité privée et non publique. En effet, dans ce cas, alors même qu'elle exercerait des tâches publiques, son personnel ne peut qu'être régi par le droit privé, faute pour celle-ci de revêtir la qualité d'entité publique[31].

2. Egalité de traitement

L'exigence du respect de l'égalité de traitement découle de la condition selon laquelle il existe un besoin nécessitant qu'il soit fait appel au droit privé. L'engagement d'un collaborateur par le biais du droit privé doit être imposé par les circonstances. Constituent de telles circonstances des formes particulières de travail, dont il sera discuté ci-après. Ces circonstances, en même temps qu'elles nécessitent de pouvoir disposer d'une certaine

---

29 Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (LFPr), RS 412.10.

30 BELLANGER (2000), p. 56 ; TANQUEREL (2012) p. 72.

31 TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, c. 5.2 ; TF, arrêt 2P.217/2003 du 22 octobre 2003, c. 2.3. Voir ég. TANQUEREL (2012), p. 52.

flexibilité pour permettre des modèles de relation de travail non prévus par le statut de la fonction publique, justifient qu'il soit fait appel au droit privé. Inversement, à défaut d'un besoin de recourir à des formes particulières de travail, il n'existe pas de motif justifiant que certaines catégories d'employés voient leur statut régi par un droit qui n'est pas celui applicable aux autres employés de la collectivité ou de l'entité en cause. Pour reprendre les mots de TANQUEREL, la seule véritable limite constitutionnelle au choix des collectivités en la matière est le principe de l'égalité de traitement[32].

Les formes particulières de travail dont il est admis qu'elles permettent le recours au droit privé sont des emplois dont la dimension temporelle se distingue d'un engagement traditionnel. Il peut s'agir d'emplois temporaires, qui sont par définition des emplois de durée déterminée, d'emplois auxiliaires, ce qui vise les cas dans lesquels l'employeur a besoin de temps en temps des prestations d'un travailleur et qui présentent certaines similitudes avec le contrat de travail sur appel[33], ou encore des emplois à taux d'activité très partiel[34]. La doctrine, se référant à la jurisprudence et à certains statuts prévoyant cette hypothèse, mentionne aussi les engagements liés à des tâches spéciales, qui nécessitent que l'employé dispose de qualifications très spécifiques[35].

A notre sens, la nature de la tâche à accomplir et les qualifications de l'employé nécessaires à celle-ci ne sont pas un critère suffisant pour justifier que l'engagement se fasse sur la base du droit privé. Si le caractère spécial de la tâche impose une intervention ponctuelle, l'engagement fondé sur le droit privé sera justifié pour des motifs temporels. En revanche, on voit mal en quoi le seul contenu du cahier des charges de l'employé et des capacités professionnelles que celui-ci doit avoir suffirait à fonder une différence de régime par rapport aux autres membres du personnel.

3. Nature de la tâche ?

Dans son arrêt du 18 février 2015 précité, le Tribunal fédéral, pour étayer sa position selon laquelle le recours au droit privé est possible pour régir le statut d'un employé chargé de la surveillance de la déchetterie communale à raison de quelques heures par semaine, a identifié que les tâches assignées audit employé « *n'étaient pas liées au bon fonctionnement de la collectivité au point qu'elles ne pouvaient être confiées qu'à une personne soumise à un statut de droit public* »[36]. D'aucuns pourraient y voir une troisième condition relative à la nature de la tâche accomplie par la personne en cause : les tâches

---

32 TANQUEREL (2012), p. 74.

33 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.5.

34 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.5.

35 TANQUEREL (2012), p. 74. Il en va notamment ainsi de l'art. 7 al. 1 de la loi sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel du 28 juin 1995 (LSt-NE ; RSN 152.510).

36 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.6.

liées au bon fonctionnement de la collectivité excluraient un recours au droit privé alors que les tâches que nous pourrions qualifier non essentielles permettraient l'application de ce droit pour la gestion du personnel.

A notre sens, la nature de la tâche accomplie n'est pas un critère entièrement pertinent pour autoriser ou interdire le recours au droit privé. Il ne l'est qu'en dernier ressort, avec des contours différents de ceux dessinés par le Tribunal fédéral.

Tout d'abord, la classification des tâches publiques, aussi variable soit-elle[37], ne connaît pas de distinction selon que les tâches seraient ou non liées « *au bon fonctionnement de l'Etat* ». Il serait à notre sens inopportun voire périlleux d'ajouter un tel critère supplémentaire de distinction entre les différentes tâches publiques aux fins de la détermination du régime juridique des employés de l'Etat. La démarche est d'autant plus périlleuse que le critère que le Tribunal fédéral semble envisager repose en réalité sur un jugement de valeur quant à l'utilité et à l'effectivité de la tâche en cause, soit sur la question de savoir si, à défaut d'accomplissement de cette tâche, l'Etat continuerait de fonctionner à satisfaction. Il est vrai qu'en amont, la définition des tâches publiques repose également sur un jugement de valeur, mais celui-ci est le fruit d'un choix du constituant ou du législateur et, surtout, il est exprimé dans la Constitution ou la loi, et partant cristallisé dans les textes, ce qui ne serait pas le cas du critère proposé par le Tribunal fédéral, qui devrait être apprécié de cas en cas.

Dans le critère tel qu'énoncé, le Tribunal fédéral fait un lien entre la nature de la tâche, selon qu'elle est ou non liée au bon fonctionnement de l'Etat, et la possibilité de la confier à une personne non soumise à un statut de droit public. Toute réflexion dans ce sens doit à notre avis s'inspirer des solutions valant pour la délégation d'activités de l'administration à des privés. En effet, ce qu'il est possible de confier à un tiers extérieur à l'administration doit à plus forte raison pouvoir être accompli par une personne non soumise à un statut de droit public mais liée à l'Etat par un rapport de travail.

Selon l'art. 178 al. 3 Cst., la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Cette disposition ne fixe aucune limite constitutionnelle à une délégation d'activités de l'administration à des privés[38], tout comme d'ailleurs la Constitution n'interdit pas le recours au droit privé pour des employés de l'Etat[39]. La doctrine reconnaît que toutes les activités ne sont pas délégables et qu'il existe un noyau de tâches qui doivent rester dans le giron de l'administration. Toutefois, les auteurs ne

37 Voir *supra*, II.
38 FAVRE, p. 170.
39 Voir *supra*, A.

s'accordent pas sur les critères permettant de distinguer des activités relevant du cœur des tâches étatiques, qui ne peuvent pas être déléguées à des tiers, des activités plus connexes, qui pourraient l'être[40]. Pour sa part, le Conseil fédéral s'est donné comme ligne de conduite de ne pas externaliser les tâches dites ministérielles, soit les tâches requérant un suivi politique étroit et présentant un potentiel élevé de synergies ainsi qu'un besoin marqué de coordination, comme la préparation des dossiers politiques en relation avec le processus législatif, ainsi que les prestations intervenant fortement dans les droits fondamentaux ou nécessitant un étroit suivi politique pour d'autres raisons, dont la défense nationale et les tâches de police font partie[41]. Ce qui ne l'empêche pas de réglementer les modalités d'engagement d'entreprises de sécurité privées par des autorités fédérales pour l'exécution de tâches en matière de protection, illustrant par là que certains aspects des tâches de police peuvent également être délégués[42].

On pourrait donc être tenté de retenir que les tâches qui ne doivent pas pouvoir être déléguées en application de l'art. 178 al. 3 Cst. ne pourraient pas non plus être accomplies par des employés soumis à un régime de travail de droit privé. Cette conclusion se heurte au fait que, ce faisant, on ne prend pas en compte qu'une tâche est attribuée de manière générale à un service ou une unité de l'administration, sans distinction des employés effectivement chargés de l'accomplir. Or, on voit mal comment objecter à l'administration qu'elle ne pourrait pas engager une personne pour un remplacement de durée déterminée ou un auxiliaire au motif que le service en cause est chargé de tâches dites ministérielles. Inversement, il est difficilement concevable qu'un haut fonctionnaire disposant d'un pouvoir effectif de pilotage et de décision dans des domaines relevant de tâches ministérielles soit engagé sous contrat de droit privé, pour des motifs liés aux devoirs particuliers des agents de l'Etat, sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Aussi, nous sommes d'avis que le critère de la nature de la tâche accomplie par l'employé en cause n'est en principe pas un critère pour juger de l'admissibilité du recours au droit privé. Doivent faire exception les employés bénéficiant de hautes responsabilités, d'un pouvoir de décision ou d'un pouvoir de contrainte dans lesquels le service ou l'unité concernée est chargé de tâches dites ministérielles qui ne pourraient pas non plus faire l'objet d'une délégation à un tiers externe à l'administration. A noter que cette solution rejoint, dans son résultat, celui d'un arrêt du 14 décembre 2005 dans lequel le Tribunal

40 BIAGGINI, n° 28 *ad* art. 178, avec un panorama de l'état de la doctrine sur la question ; FAVRE, p. 171.

41 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 7826.

42 Voir l'Ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité privées par des autorités fédérales pour l'exécution de tâches en matière de protection du 24 juin 2015 (Ordonnance sur l'engagement d'entreprises de sécurité, OESS), RS 124. Voir, sur cette question, ZÜND/ERRASS.

fédéral s'est refusé à annuler un arrêt cantonal qui avait requalifié en une relation de droit public le contrat conclu entre une commune et une policière[43].

C. Le recours au droit privé pour l'ensemble des employés d'une entité publique

L'autre cas de privatisation de la fonction publique est celui dans lequel ce ne sont pas seulement certains employés d'une collectivité publique ou entité qui sont soumis au droit privé, mais l'entier du personnel de celle-ci. Dans ce cas, il y a un régime juridique unique pour l'ensemble du personnel qui est celui du droit privé. On peut donc parler de privatisation totale du statut pour l'entité en cause. Dans cette hypothèse, il n'y a donc plus à se poser la question de l'égalité de traitement entre les employés[44] puisque tous les employés de l'entité sont soumis au même régime juridique s'agissant de leurs rapports de travail.

En l'état du droit, la privatisation totale du statut ne concerne que des entités décentralisées des collectivités publiques puisque ni la Confédération, ni les cantons, ni à notre connaissance aucune commune n'a renoncé au statut de droit public pour ses employés. Au plan fédéral, les entités pour lesquelles le législateur a opté pour un statut du personnel de droit privé sont, notamment, Pro Helvetia (art. 39 de la loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009[45]), la CNA (art. 65*b* de la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981[46]), l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (art. 33 de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005[47]), Skyguide, l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (art. 27 de la loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation du 16 décembre 2005[48]), Swisscom (art. 16 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997[49]).

Le choix du régime de droit privé pour ces entités décentralisées a été le plus souvent réalisé au cas par cas et guidé par des considérations d'opportunité politique, compte tenu

43 TF, arrêt 2P.136/2005 du 14 décembre 2005.

44 Voir *supra*, B., 2.

45 Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009 (LEC), RS 442.1.

46 Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA ; RS 832.20), selon modification du 25 septembre 2015 (Organisation et activités accessoires de la CNA ; FF 2015 6519).

47 Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005 (LSR), RS 221.302.

48 Loi fédérale sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation du 16 décembre 2005 (LASRE), RS 946.10.

49 Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997 (LET), RS 784.11.

des enjeux prévalant lors de l'opération de décentralisation ou lors de la redéfinition de leurs tâches[50]. Depuis 2009, le Conseil fédéral voit le choix du droit applicable au personnel comme un véritable élément de gestion des entités décentralisées de la Confédération[51] et s'impose de se fonder sur des critères objectifs pour déterminer si une entité décentralisée doit voir son personnel régi par le droit public ou le droit privé. Dans ce contexte, l'objectif est de parvenir à une unité de régimes dans les relations de l'entité vis-à-vis de l'extérieur, dans le régime de la responsabilité et dans le droit applicable au personnel[52]. Les critères appliqués pour le choix du régime applicable aux relations de travail ont trait au type de tâche dont l'entité est chargée, à la formalisation de la relation administrative entre celle-ci et les administrés, à son financement ainsi qu'au régime de responsabilité applicable à son activité[53]. S'agissant en particulier de la tâche en cause, le Conseil fédéral réserve le régime du Code des obligations aux entités qui fournissent des prestations sur le marché, tandis que les entités chargées de la surveillance de l'économie et de la sécurité et celles qui fournissent des prestations à caractère monopolistiques ont un statut du personnel relevant du droit public[54]. A plus forte raison, les tâches ministérielles, soit celles requérant un suivi politique étroit ou intervenant fortement dans les droits fondamentaux, dans la même mesure qu'elles excluent une externalisation, ne permettent pas un recours au droit privé.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu à requalifier de contrat conclu par une entité décentralisée qui aurait soumis l'entier de son personnel au droit privé[55]. Les cas de requalification de contrats conclus par des collectivités ou entités publiques ont avant tout concerné des cas de privatisation partielle des rapports de travail, à savoir le statut d'employés soumis à un engagement de droit privé par une entité connaissant un statut du personnel de droit public[56].

Le panorama qui précède illustre que la privatisation de la fonction publique est une réalité. La jurisprudence du Tribunal fédéral est plus importante s'agissant de recours au droit privé dans des cas de privatisation partielle que dans des cas de privatisation totale. Elle permet néanmoins de dégager l'importance du principe de l'égalité de traitement lorsque des privatisations partielles sont en cause et on en déduit que ce sont avant tout et

---

50 Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, pp. 2322 et 2328.

51 Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 2330.

52 Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, pp. 2331-2332.

53 Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 2329.

54 Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, p. 2331.

55 Des tentatives dans ce sens ont été faites par les plaideurs dans les causes TF, arrêt 8C_506/2015 du 22 mars 2016, TF, arrêt 8C_597/2010 du 14 juillet 2011, TF, arrêt 2P.181/2002 du 4 février 2003, notamment, mais sans succès, au motif que les entités concernées étaient en réalité des entités privées à qui l'exécution de tâches publiques avaient été confiées. A ce propos, voir *supra*, B., 1.

56 TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015 ; ATF 118 II 213 ; TF, arrêt 2P.18/2006 du 19 mai 2006 ; TF, arrêt 2P.151/2005 du 9 février 2006 ; TF, arrêt 1P.136/2005 du 14 décembre 2005.

principalement des contingences temporelles liées à la relation de travail qui justifient un traitement différent des employés au sein d'une même collectivité ou entité. Elle permet aussi de pointer qu'il existe probablement des domaines d'activités, s'agissant des privatisations totales, respectivement des postes haut placés s'agissant de privatisations partielles, qui, à raison des tâches publiques en cause – en l'occurrence des tâches que l'on peut, avec le Conseil fédéral, qualifier de ministérielles – s'opposent à de telles privatisations.

IV. Les obstacles à la privatisation de la fonction publique

Comme déjà relevé, la Constitution n'exclut pas le recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique[57].

Comme également indiqué en introduction, la doctrine majoritaire s'oppose à une soumission générale des rapports de travail des employés de l'Etat au droit privé, en raison avant tout de la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel mais également au motif des contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur[58].

Enfin, comme constaté en guise de conclusion intermédiaire[59], il existe très vraisemblablement certaines tâches publiques dont la nature et la position hiérarchique de l'employé qui en est chargé excluent qu'elles puissent être accomplies par des employés qui ne sont pas soumis à un statut de droit public.

A ce stade et en présence des éléments ainsi posés, il nous paraît intéressant de poursuivre l'analyse par le prisme des critères usuels de distinction entre droit public et droit privé tels que synthétisés par le Tribunal fédéral[60]. Ces critères ont été développés pour l'examen de rapports juridiques pour lesquels on doit *a posteriori* trancher s'ils sont soumis au droit public ou au droit privé. Nous nous proposons de les appliquer à la relation entre les collectivités publiques et leurs agents afin de déterminer si, *ex ante*, ils s'opposeraient à une privatisation de la fonction publique.

Les critères pour distinguer si une relation juridique relève du droit public ou du droit privé sont au nombre de quatre. Le critère des intérêts s'interroge sur la question des intérêts poursuivis par la norme : sauvegarde-t-elle des intérêts publics ou des intérêts privés ? Le

57 Voir *supra*, III., A.
58 TANQUEREL (2012), p. 69.
59 Voir *supra*, III., B.
60 ATF 138 II 134, c. 4.1.

critère fonctionnel a trait à la réglementation de la réalisation d'une tâche publique ou de l'exercice d'une activité publique. Le critère de la subordination porte sur l'examen des rapports de force entre les parties : traitent-elles sur un pied d'égalité ? Et enfin le critère de la sanction examine si la violation de la norme a des conséquences de nature privée (la résiliation du contrat) ou de droit public (une sanction)[61]. Selon le Tribunal fédéral, « *aucune de ces théories ne l'emporte a priori sur les autres. Il convient bien plutôt d'examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes. Il faut en effet garder à l'esprit que la délimitation entre droit privé et droit public répond à des fonctions totalement différentes suivant les nécessités de la réglementation en cause et, notamment, selon les conséquences juridiques pouvant en découler dans chaque affaire ; ces exigences ne peuvent pas être théoriquement réunies en un seul critère distinctif qui ferait définitivement autorité, mais requièrent au contraire une approche modulée et pragmatique* »[62].

La mise en œuvre du critère des intérêts impose de s'interroger sur l'intérêt poursuivi par la réglementation de la relation de service ou de travail entre la collectivité publique et ses employés. L'engagement de personnel pour l'accomplissement des tâches publiques confiées par le Constituant et le législateur à l'Etat relève-t-il de la poursuite d'un intérêt public ou d'un intérêt privé ? Dit autrement, est-ce que l'engagement d'employés de l'Etat doit être considéré comme participant du cœur de l'action publique ou relève-t-il uniquement de l'acquisition de moyens nécessaires au fonctionnement de l'appareil étatique ? Dans cette seconde hypothèse, l'engagement du personnel relèverait alors des tâches dites auxiliaires servant de soutien à l'accomplissement des tâches publiques à proprement parler[63], lesquelles sont alors soumises au droit privé[64]. L'application du critère fonctionnel revient à formuler la même question puisque le rattachement de celui-ci est la réalisation d'une tâche publique ou l'exercice d'une activité publique.

L'application de ces deux critères, des intérêts et fonctionnel, permet de mettre en évidence que l'analyse du caractère public de la tâche respectivement de l'intérêt poursuivi, se rapporte à la tâche d'engagement et de gestion du personnel, non à celle confiée en amont à l'Etat par le Constituant ou le législateur. En ce sens, le raisonnement relatif à la nature de la tâche se déroule sur un plan différent de celui de la qualification de la tâche en cause dans le cadre de la soumission au droit privé de certains employés d'une collectivité ou

61 ATF 138 II 134, c. 4.1.
62 ATF 138 II 134, c. 4.1.
63 Voir *supra*, II.
64 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, p. 110.

entité publique[65] ou de la nature de l'activité de l'entité décentralisée dont on privatise l'ensemble du personnel[66], ce à quoi il convient d'être attentif.

A notre sens, l'engagement et la gestion du personnel des collectivités et entités publiques ne sont pas une simple tâche auxiliaire. Il s'agit au contraire d'une action qui relève du cœur de l'activité étatique au motif que l'Etat ne serait pas en mesure de fonctionner sans ses employés. De plus, la relation entre l'Etat employeur et son personnel, qu'elle soit soumise au droit public ou au droit privé, revêt des caractéristiques telles que la poursuite de l'intérêt public est prépondérante à maints égards. Lorsqu'elle relève du droit public, la relation de service entre l'Etat et son personnel est caractérisée par un rapport dit de droit spécial dont un des effets est d'atténuer l'exigence de la base légale pour l'énumération de leurs obligations, même si celles-ci sont de nature à porter atteinte à leurs droits fondamentaux et qui trouve sa justification dans la subordination hiérarchique propre à l'activité et à la structure de l'Etat[67], à savoir en fin de compte dans l'intérêt public. En ce sens, le devoir de fidélité de l'employé de l'Etat est certainement plus étendu que son pendant du droit privé. Lorsque la relation de travail entre l'Etat et l'employé a été soumise au droit privé, elle demeure quoi qu'il en soit soumise au respect des droits et principes constitutionnels qui guident l'activité administrative[68]. Autrement dit, le choix pour un régime de travail de droit privé n'évacue pas entièrement l'application des règles les plus élémentaires du droit public. Aussi, lorsque l'Etat engage du personnel, il ne se contente pas, à notre sens, uniquement d'acquérir les ressources nécessaires à l'exécution de ses tâches mais il déploie au contraire une activité typique relevant de ses prérogatives.

Ces développements nous amènent à l'examen du critère de la subordination qui impose de se demander si les parties au rapport juridique en cause traitent sur un pied d'égalité. Lorsque la relation de fonction est soumise au droit public, son éventuel caractère contractuel n'atténue pas entièrement la subordination à laquelle l'employé est soumis. D'une part, le législateur a opté en règle générale pour la voie décisionnelle en cas de désaccord portant sur l'exécution ou la fin du contrat[69] ; d'autre part, le rapport de droit spécial demeure également dans un tel cas de sorte que l'employé doit souffrir une restriction à ses droits fondamentaux, ce qui le place dans une relation de subordination avec l'Etat. Lorsque la relation de travail est soumise au droit privé, les droits et principes constitutionnels s'appliquent ; ceux-ci sont alors vus comme le dernier rempart contre l'arbitraire étatique. Cela pourrait être vu comme le révélateur et le correctif d'une forme

65 Voir *supra*, III., B., 3.

66 Voir *supra*, III., C.

67 SJ 2015 I 331, c. 2.6 ; ATF 121 I 236, c. 2a.

68 TF, arrêt 2P.137/2005 du 17 octobre 2005. Voir aussi HAFNER, p. 493 ; RICHLI (1998), p. 47 ; TANQUEREL (2012), p. 58. Voir ég. la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage.

69 Voir, p.ex. l'art. 34 al. 1 LPers.

de déséquilibre dans la relation de travail nouée selon le droit privé. Toutefois, compte tenu de la quasi-absence de jurisprudence en la matière, cet élément ne peut être considéré comme déterminant dans la présente analyse.

Enfin, le quatrième critère de la sanction n'offre pas d'ancrage suffisamment solide pour la réflexion dans la mesure où la contractualisation progressive des rapports de service de la fonction publique respectivement l'abandon du régime disciplinaire[70] mènent à des conséquences similaires en cas de violation des prescriptions en cause.

En guise de synthèse, l'analyse par le biais des critères de distinction entre droit public et droit privé met en évidence la nécessité de distinguer entre la tâche publique confiée à l'Etat et la tâche de celui-ci d'être employeur. Quant au fond, nous sommes d'avis que le critère des intérêts et le critère fonctionnel, selon lesquels une relation doit relever du droit public si la norme en cause vise à la sauvegarde d'intérêts publics respectivement à la réalisation d'une tâche publique, s'opposent à ce que les rapports de service des employés de l'Etat soient privatisés. Dans la réflexion de synthèse, les critères de la subordination et de la sanction ne présentent pas de substance suffisante permettant à notre sens de déclarer qu'il n'existe pas d'obstacle à la privatisation de la fonction publique.

V. Conclusion

La privatisation de la fonction publique est une réalité. Le phénomène de la privatisation partielle a été appréhendé par le Tribunal fédéral et les contours de son admissibilité se dessinent dans la jurisprudence. Elle permet de dégager l'importance du principe de l'égalité de traitement dans le cadre duquel ce sont avant tout et principalement des contingences temporelles liées au besoin d'aménager la relation de travail – solutions que le statut de droit public n'envisage pas – qui justifient un traitement différent des employés au sein d'une même collectivité ou entité. Elle permet aussi de mettre en évidence qu'il existe probablement des domaines d'activités qui, à raison des tâches publiques en cause et de la position de l'employé qui en est chargé, s'opposent à de telles privatisations.

La réflexion autour de la privatisation totale ne trouve pas d'appui direct dans la jurisprudence. De celle-ci, on utilise en revanche les critères utilisés pour la qualification de relations juridiques dont on doit trancher si elles sont soumises au droit public ou au droit privé. Ceux-ci nous permettent de parvenir à la conclusion que les rapports de service des employés de l'Etat ne peuvent pas être soumis de manière générale au droit privé. L'obstacle à la privatisation totale est dans ce contexte le principe de l'intérêt public. En effet, la gestion de son personnel par l'Etat relève du cœur de l'activité étatique et répond

[70] A ce propos, voir BELLANGER/ROY.

à un intérêt public fort. C'est cet intérêt qui justifie les contraintes pouvant peser sur les droits et obligations de ses employés. C'est également cet intérêt public qui impose, lorsqu'il est opté pour un contrat de travail de droit privé, à l'Etat de respecter en toute hypothèse les droits et principes constitutionnels guidant l'activité étatique.

La question de la privatisation des rapports de travail des employés des collectivités et entités publiques touche à la raison d'être de l'Etat et aux fondements mêmes du rapport juridique de droit public. Mais elle ne peut, en réalité, pour convaincre définitivement, faire l'économie d'une réflexion fondée sur la théorie de l'Etat.

VI. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou sources de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES FINANCES, Rapport explicatif concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise du 13 septembre 2006 (disponible par le lien http://www.efv.admin.ch/f/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php) ; cité : Rapport explicatif AFF.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail, in : Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éds.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 27-40.

BELLANGER FRANÇOIS, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (éds), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich 2016, pp. 43-66 ; cité : BELLANGER (2016).

BELLANGER FRANÇOIS, Les « privatisations » : une notion à géométrie variable, RDAF 2001 I, pp. 37-57 ; cité : BELLANGER (2001).

BELLANGER FRANÇOIS, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée, in : Gabriel Aubert/François Bellanger/Thierry Tanquerel (éds), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 43-60 ; cité : BELLANGER (2000).

BELLANGER FRANÇOIS/ROY CÉLINE, Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique, in : Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Nils Soguel/Frédéric Varone (éds), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, pp. 461-479.

BIAGGINI GIOVANNI, Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éds.), 3e éd., Saint-Gall 2014, Art. 178.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'alcool, à paraître, FF 2016 ; cité : Message Loi sur l'alcool.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171 ; cité : Message LPers.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national du 25 mars 2009, FF 2009 2299 ; cité : Rapport complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise) du 13 septembre 2006, FF 2006 7799 ; cité : Rapport sur le gouvernement d'entreprise.

DONATSCH MARCO, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Jusletter du 3 mai 2010.

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014.

FAVRE ANNE-CHRISTINE, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (éds), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich 2016, pp. 145-192.

GIRARDET PATRICK, Les rapports de service du personnel communal peuvent-ils être « privatisés » ?, RDAF 2008 I, p. 48.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., Zurich/Saint-Gall 2016.

HAFNER FELIX, Öffentlicher Dienst im Wandel – Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen, ZBl 1992, pp. 481-504.

HANGARTNER YVO, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal, ArbR – Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1993, pp. 27-45.

HELBLING PETER, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP/PJA 2004, pp. 242-251 ; cité : HELBLING (2004).

HELBLING PETER, Folgen im Personalrecht, in : Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten, Saint-Gall 2002, pp. 75-112 ; cité : HELBLING (2002).

JAAG TOBIAS, Mehr oder weniger Staat ?, ZBl 2015, pp. 627-640 ; cité : JAAG (2015).

JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in : Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000, pp. 23-48 ; cité : JAAG (2000).

MAHON PASCAL/ROSELLO HÉLOÏSE, Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (éds), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 9-47.

MICHEL MATTHIAS, Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Zurich 1998.

MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, vol. I, Les fondements, 3e éd., Berne 2012.

MOSIMANN HANS-JAKOB, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, ZBl 1998, pp. 449-473.

MÜLLER ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP/PJA 1998, pp. 65-82.

NGUYEN MINH SON, Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel, in : Jean-Louis Duc (éd.), Le travail et le droit, Fribourg 1994, pp. 3-20.

POLTIER ETIENNE, Délégation d'activités économiques de l'Etat, in : Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (éds), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich 2016, pp. 193-240.

RHINOW RENÉ, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in : Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zurich 1983, pp. 429-443.

RICHLI PAUL, La réforme du statut de la fonction publique fédérale, in : Aubert/Bellanger/Tanquerel (édit.), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 69-92 ; cité : RICHLI (2000).

RICHLI PAUL, Öffentliches Dienstrecht im Banne leerer Staatskassen : Sanierungsbeitrag durch privatrechtliche Anstellung der Personals ?, ArbR – Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1998, pp. 27-58 ; cité : RICHLI (1998).

RÜTSCHE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben ?, recht 2013, pp. 153-162.

SUBILIA-ROUGE LILIANE, La nouvelle LPers : quelques points de rencontre avec le droit privé du travail, RDAF I 2003, pp. 289-317.

TANQUEREL THIERRY, De quelques idées reçues en droit de la fonction publique, in : Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éds.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 311-320 ; cité : TANQUEREL (2015).

TANQUEREL THIERRY, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in : Thierry Tanquerel/François Bellanger (éds.), Les réformes de la fonction publique, Zurich 2012, pp. 49-81 ; cité : TANQUEREL (2012).

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève 2011 ; cité : TANQUEREL (2011).

TANQUEREL THIERRY, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale, in : Gabriel Aubert/François Bellanger/Thierry Tanquerel (éds), Fonction publique : vers une privatisation ?, Zurich 2000, pp. 7-39 ; cité : TANQUEREL (2000).

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e éd., Berne 2014.

UEBERSAX PETER, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 102/2001, pp. 393-422.

ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit&Recht 2012, pp. 162-184.

THOMAS GEISER

Rechtliche Hindernisse zur Einführung einer vereinheitlichen Regelung der Arbeitsverhältnisse

Sommaire Page

I. Fragestellung und Ausgangslage 279
A. Grundgedanken und Entstehung 279
B. Rechtsgrundlagen 281
1. Rechtsgrundlagen beim privatrechtlichen Anstellungsverhältnis 281
2. Rechtsgrundlagen beim öffentlich-rechtlichen Anstellungs verhältnis 282
C. Wer bestimmt die Art des Anstellungsverhältnisses ? 286

II. Hauptsächliche Unterschiede zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsverhältnis 288
A. Vertragsparteien 288
B. Kategorien von Arbeitnehmern 289
C. Unterschiede bei Begründung des Arbeitsverhältnisses 289
D. Unterschiede während der Dauer des Arbeitsverhältnisses 290
E. Unterschiede bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 292

III. Zweckmässigkeit der Unterscheidung und Folgerungen 293
A. Politische Diskussion 293
B. Rechtliche Argumente 294
1. Echte Differenzen 294
2. Zu beseitigende Differenzen 296
3. Gesetzgeberische Möglichkeiten 297

IV. Bibliographie 298

I. Fragestellung und Ausgangslage

A. Grundgedanken und Entstehung

Die rechtliche Regelung der Arbeit gehört zu den ältesten Institutionen[1] ; abhängige Arbeit gibt es seit Beginn der Menschheitsgeschichte. **Das heutige Arbeitsrecht als Sonder-**

[1] Vgl. römische und germanische Epoche, mittelalterliches Zunftsystem.

recht ist aber ein junges Rechtsgebiet. Es entstand erst in der modernen Industriegesellschaft. Die wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit der Lohnarbeitnehmer wurde durch den wirtschaftlichen Liberalismus des frühen 19. Jahrhunderts[2] verstärkt – mit untragbaren sozialen Folgen. Der Staat sah sich veranlasst, mit sozialpolitischen Massnahmen einzugreifen und das Arbeitsverhältnis einem Sonderrecht zu unterstellen. Arbeitsschutzrecht, soziale Ausgestaltung des Arbeitsvertrags, Sozialversicherungen und besondere Arbeitsgerichtsbarkeit wurden eingeführt[3].

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht hat sich noch später entwickelt. Wohl gab es Staatsangestellte seit es Staaten gibt. Die öffentlich-rechtliche Anstellung im Sinne des heutigen Rechts setzte aber voraus, dass sich das Verwaltungsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet entwickelt hatte. Diese Entwicklung setzte erst im 19. Jahrhundert ein und fand ihre Entfaltung dann im 20. Jahrhundert. Dabei bestand das Grundanliegen darin, dem Staatsangestellten wegen seiner öffentlichen Aufgabe eine **genügend sichere Stellung** einzuräumen, damit er seine Aufgabe objektiv wahrnehmen konnte und von unlauteren Beeinflussungen unbehelligt blieb. Es galt, ihn **auf Verfassung und Gesetz zu verpflichten**. Seine **Loyalität hat gegenüber dem Staat** zu bestehen und nicht gegenüber den Vorgesetzten oder anderen einflussreichen Personen. Damit verbunden ist ein gewisser Kündigungsschutz, aber auch eine erhöhte Treuepflicht gegenüber dem Staat.

Die konkrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und seinen Angestellten hängt von der **konkreten kulturellen und historischen Situation** ab. In der Schweiz gab es meines Wissens nie Beamtenverhältnisse im Sinne des deutschen Rechts. Dem deutschen Beamtenstatus am nächsten kam wohl das frühere Beamtenrecht im Kanton Basel Stadt. Die Beamten wurden, wie im deutschen Recht, auf unbestimmte Zeit gewählt. Im Gegensatz zu diesem endete die Anstellung aber nicht erst mit dem Tod, sondern bereits mit der Pensionierung. Später ist dann auch der Kanton Basel Stadt zur lange Zeit in der Schweiz üblichen Wahl auf eine **feste Amtsdauer** übergegangen. Die Amtsdauer war das Charistikum des schweizerischen Beamtenrechts. Grundanliegen der festen Amtsdauer war die demokratiepolitische Überzeugung, das Volk müsse wenigstens indirekt auf die Bestellung der öffentlichen Ämter Einfluss haben und deren Besetzung müsse periodisch überprüft werden. Die Amtsdauer sollte der Gefahr einer übermächtigen Beamtenkaste vorbeugen[4].

Inzwischen hat der **politische Wind wieder gewendet**. Feste Amtsdauern gelten nicht mehr als Zeitgemäss. Mit dem Wunsch nach mehr Flexibilität ist die Politik in neueren Erlassen dazu übergegangen, die Arbeitnehmer wieder auf unbestimmte Zeit bzw. befristet bis zur Pensionierung anzustellen. Ob dadurch allerdings die Flexibilität erhöht worden

---

2 TSCHUDI, Geschichte, S. 1.

3 REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 4 ; GEISER/MÜLLER, Rz. 42.

4 MICHEL, S. 158.

ist, muss bezweifelt werden, wie noch aufzuzeigen ist. Man ist damit wohl dem alten deutschen Beamtenstatus wieder näher gekommen.

B. Rechtsgrundlagen

1. Rechtsgrundlagen beim privatrechtlichen Anstellungsverhältnis

Das private Arbeitsverhältnis beruht grundsätzlich auf einem **Vertrag zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer**. Entsprechend wird auch der Inhalt des Arbeitsverhältnisses durch den gemeinsamen übereinstimmenden Willen der Parteien bestimmt. Sie können den Inhalt des Arbeitsvertrages auch nur gemeinsam ändern. Von der rechtlichen Konstruktion her hat keine Partei mehr Macht, den Inhalt des Arbeitsvertrages zu bestimmen, als die andere. Freilich sagt dies nichts darüber aus, wer mehr Markt- und damit auch Verhandlungsmacht hat.

Grundsätzlich besteht bezüglich des Inhalts des Arbeitsvertrages **Vertragsfreiheit**. Diese wird aber durch eine Vielzahl von Gesetzesbestimmungen namentlich zu Gunsten des Arbeitnehmers eingeschränkt. Das Arbeitsvertragsrecht kennt eine Vielzahl von zwingenden Bestimmungen[5]. Diese erfassen namentlich den Anspruch auf Ferien, gewisse Regeln bezüglich der Arten des Lohns und dessen Fälligkeit, die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und anderen Verhinderungen an der Arbeitsleistung und Bestimmungen bezüglich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Von diesen Bestimmungen können die Parteien gar nicht oder jedenfalls nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abweichen, selbst wenn sie beide dies wollen.

Das Gesetz kennt demgegenüber keinerlei Regeln bezüglich der Lohnhöhe[6]. Die Parteien des Arbeitsvertrages sind diesbezüglich in der Ausgestaltung frei[7]. Allerdings ist es möglich, dass das einzelne Arbeitsverhältnis einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) untersteht, der einen Mindestlohn kennt. Dann ist dieser Einzuhalten. Ein Mindestlohn kann sich nunmehr auch aus einem Normalarbeitsvertrag (NAV) ergeben[8]. Allerdings kann durch einen GAV oder einen NAV die Vertragsfreiheit immer nur zu Gunsten der Arbeitnehmerin eingeschränkt werden. Bessere als im GAV oder NAV festgehaltene Arbeitsbedingungen können immer vereinbart werden. Das ist den Sozialpartnern in

---

5 Vgl. die nicht abschliessende Aufzählung in den Art. 361 f. OR.

6 Vorzubehalten sind gewisse Diskriminierungsverbote bezüglich Geschlechtes, Europäischen Ausländern und Heimarbeit.

7 Zur Frage, ob sich ein Minimallohn aus der Verfassung ergeben kann, vgl. GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ?, S. 809 ff.

8 Art. 360*a* OR.

Bereichen, in denen frühere Staatsbetriebe privatisiert worden sind, hin und wieder nicht Gegenwärtig. Während das früher auf diese Betriebe anwendbare öffentliche Personalrecht die Arbeitsbedingungen abschliessend regelte, setzt der GAV immer nur minimale Arbeitsbedingungen fest, von denen aber ohne Weiteres zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann.

2. Rechtsgrundlagen beim öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis

Der föderalistische Staatsaufbau der Schweiz bringt es mit sich, dass das nur das öffentliche Arbeitsverhältnis für die Bundesangestellten auf Bundesebene geregelt ist. Soweit es um die **Anstellungen in den Kantonen und Gemeinden** geht, finden sich die entsprechenden Regelungen auf kantonaler Ebene, wobei auch der Kanton bestimmt, ob den Gemeinden und weiteren öffentlich-rechtlichen Körperschaften betreffend ihrer Anstellungsbedingungen eine Gesetzgebungskompetenz zukommt oder nicht. Entscheidend ist aber, dass der Bund den Kantonen grundsätzlich nicht vorschreibt, wie sie die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse auszugestalten haben und es folglich diesbezüglich grundsätzlich **keine Mindeststandards** gibt.

Der Umstand, dass der Bund das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nur für seine eigenen Angestellten, einschliesslich seiner eigenen Anstalten und Körperschaften, nicht aber für jene anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften regelt, hat zur Folge, dass es sehr wohl **ungeregelte öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse** gibt[9]. Es kann ohne weiteres vorkommen, dass mehrere Kantone oder Gemeinden Zweckverbände gründen oder selbständige Anstalten errichten, ohne festzulegen, was für ein Dienstrecht für die entsprechenden Angestellten gilt. Dann fehlt es an einer Regelung der entsprechenden Anstellungsverhältnisse, was namentlich für die Angestellten prekär sein kann.

Obgleich nicht nur der Staat sondern alle Personen die Verfassung respektieren müssen, ist dennoch die Bindung des Staates an die Verfassung eine andere als jene der privaten Arbeitgeberinnen. Die Verfassung bestimmt das staatliche Handeln. Wie in der Privatwirtschaft der Eigentümer eines Unternehmens bestimmt, wie dieses zu verwalten ist und wie dessen Organe zu handeln haben, **bestimmt im Staat der Souverän die Handlungsgrundsätze**. Das geschieht in einer Demokratie in den dafür festgesetzten Bahnen, d.h. durch den Erlass der Verfassung und der auf diese abgestützten Gesetze und Verordnungen. Daraus ergeben sich zwei entscheidende Grundsätze :

[9] Vgl. RHINOW, S. 429 ff.

- Es gilt das **Legalitätsprinzip** : Jedes staatliche Handeln muss sich auf eine Rechtsnorm abstützen können. Was der Staat darf und was er nicht darf, ergibt sich aus Verfassung, Gesetz und Verordnung.
- Die Gesetze, Verordnungen und weiteren Erlasse müssen sich alle an den Wertentscheidungen der Verfassung orientieren. Richtschnur für das ganze staatliche Handeln sind die Wertungen der Verfassung. Damit besteht auch eine **absolute Grundrechtsbindung** des Staates.

Diese Grundsätze gelten auch uneingeschränkt für das Personalwesen. Es bedeutet, dass Verfassung, Gesetze und Verordnungen auch massgebend für das Handeln der Personalabteilungen und im ganzen staatlichen Bereich für das Handeln von Vorgesetzten gegenüber untergebenen sind. Wie bei einer privaten Aktiengesellschaft sich die Grundsätze für das Handeln aus den von den Aktionären erlassenen Statuten und den auf Grund dieser Statuten vom Verwaltungsrat erlassenen Reglemente und den darauf sich gründenden Weisungen der Direktion etc. ergeben, sind beim Staat dafür Verfassung, Gesetz und Verordnungen massgebend. Ein **Handeln neben diesen Normen** ist auch im Bereich des Personals für die im Namen des Staates Handelnden **nicht zulässig**. Demgemäss darf der Staat dem Arbeitnehmer nur die Arbeitsbedingungen offerieren, die in den entsprechenden Normen enthalten sind. Er *muss ihm aber auch* diese Arbeitsbedingungen offerieren, sonst verhält er sich nicht den Regeln seines Arbeitgebers konform.

Fraglich ist, wie weit diesen Normen auch der **Charakter von allgemeinen Anstellungsbedingungen** zukommt. Bedeutung solcher Regeln ist, dass sie nicht nur bestimmen, was jene Person, die für die Arbeitgeberin handelt, tun muss, sondern auch direkt das Verhältnis zwischen dem Staat als Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer regeln. Letzteres ist aber wie im Privatrecht nur möglich, soweit die entsprechenden Normen dem Arbeitnehmer auch bekannt gegeben worden sind und in der einen oder anderen Form ins Arbeitsverhältnis eingeflossen sind. Wie sie ins Arbeitsverhältnis einfliessen, hängt davon ab, wie dieses begründet wird :

- Erfolgt die **Anstellung** durch eine (zustimmungsbedürftige) **Verfügung**, so richtet sich das Arbeitsverhältnis uneingeschränkt nach den **jeweils gesetzlichen Normen**. Die entsprechenden Normen gelten automatisch, sobald sie im ordentlichen Verfahren erlassen, in Kraft gesetzt und veröffentlicht worden sind.
- Erfolgt die **Anstellung** durch (öffentlich-rechtlichen) **Vertrag**, so gelten die Bestimmungen nur, soweit sie durch die Vertragsparteien durch übereinstimmenden Parteiwillen in den Vertrag übernommen worden sind. Allerdings *muss* der Staat diese Regeln wollen. Von daher hängt die Übernahme nur vom Willen des Arbeitnehmers ab. Er kann die Übernahme aber nur wollen, wenn er die Bestimmungen richtig verstanden hat. Sie werden so Vertragsbestandteil, wie der

Arbeitnehmer sie verstanden hat und *verstehen durfte*. Letzteres ist zentral, wenn der Arbeitnehmer sie gar nicht verstanden hat.

Der Kanton ist bei der Ausgestaltung dieser Gesetze und Reglemente nun allerdings nicht ganz frei. Es muss die **bundesrechtlichen Vorgaben** beachten.

- Zum einen ist nicht nur die kantonale Verfassung, sondern auch die **Bundesverfassung** für die Kantone massgebend,
- wie auch gewisse **Staatsverträge**, namentlich die Europäische Menschenrechtskonvention.
- Zum andern schränken auch gewisse **Bundesgesetze** den Gestaltungsraum der Kantone ein. Neben den verschiedenen Sozialversicherungsgesetzen ist namentlich an gewisse Bestimmungen des OR[10] und an das ArG zu denken.

Die Frage der **Anwendbarkeit des ArG** auf die öffentlich-rechtlichen Anstellungen ist **äusserst komplex** und wenig verständlich geregelt. Eine oberflächliche Lektüre von Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG liesse vermuten, das ArG sei nie anwendbar. Das trifft allerdings so nicht zu, wie schon der Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ArG zeigt. Es ist vielmehr in mehrfacher Hinsicht zu unterscheiden:

- Eine **Vielzahl von Bestimmungen**, sind auch für die Verwaltung von Bund, Kanton und Gemeinde anwendbar, weil **gar nicht auf die Umschreibung des Anwendungsbereiches** des ArG abgestellt wird[11]. Nicht zu diesen Bestimmungen gehören jedoch die Regeln über die Arbeitszeiten.
- Für die Frage der Anwendbarkeit der Arbeitszeitbestimmungen des ArG ist – wie noch zu zeigen sein wird – zwischen der **Zentralverwaltung und den anderen Teilen der staatlichen Einrichtungen** zu unterscheiden.
- Schliesslich ist **Art. 71 ArG** zu beachten, der öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält und damit allerdings mehr Fragen aufwirft als Klarheit schafft.

Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG nimmt die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom Anwendungsbereich des ArG grundsätzlich aus. Auf dem Verordnungsweg kann der Bundesrat zudem einerseits öffentliche Anstalten den Verwaltungen gleich stellen und damit vom Anwendungsbereich ausnehmen und andererseits das **ArG für einzelne**

[10] Art. 342 in Verb. mit Art. 331 Abs. 5 und Art. 331*a* bis 331*e* OR. Die Bestimmungen betreffen die berufliche Vorsorge.

[11] Vgl. insbesondere Art. 3*a* ArG.

Betriebe der Verwaltung als anwendbar erklären[12]. Der Vorbehalt der Verordnung schränkt den Anwendungsbereich somit nicht nur ein sondern erweitert ihn auch[13].

Für die Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG ausserhalb der Zentralverwaltung entscheidend ist, ob es sich bei der entsprechenden **öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin** um eine **Körperschaft** oder um eine **Anstalt** mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt[14] :

- Eine **Körperschaft** ist eine **juristische Person mit Mitgliedern**. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind insbesondere Bürgergemeinden, Korporationen, Kirchgemeinden, an diversen Universitäten auch die Studentenschaften.
- **Anstalten** sind demgegenüber **Zweckvermögen**, wie beispielsweise die Post oder in der Regel die Kantonalbanken, häufig Spitäler oder die Universitäten. Das Gesetz kann sie mit **eigener Rechtspersönlichkeit** ausstatten. Dann sind sie selbständige Anstalten.

Daraus ergibt sich für die Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG, dass diese gemäss der Umschreibung des Anwendungsbereichs des ArG auf die **Zentral-verwaltungen von Bund, Kanton und Gemeinden** nie anwendbar sind. Das gilt auch dann, wenn die entsprechenden Arbeitnehmer privatrechtlich angestellt sind.

Handelt es sich demgegenüber um eine **andere öffentlich-rechtliche Körperschaft oder um eine Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit**, ist danach zu differenzieren, ob die Arbeitnehmenden mehrheitlich öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind[15]. Sind sie mehrheitlich öffentlich-rechtlich angestellt, sind die Arbeitszeitbestimmungen grundsätzlich nicht anwendbar[16]. Auf die Minderheit der privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer ist dann aber das ArG doch anzuwenden, sofern die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbestimmungen nicht günstiger sind[17]. Daraus ergibt sich allerdings auch das erstaunliche Ergebnis, dass wohl die Arbeitszeitbestimmungen der Personalgesetze von Bund, Kantonen und Gemeinden auch auf die privatrechtlich angestellten Mitarbeiter anwendbar sind, sofern diese Bestimmungen arbeitnehmerfreundlicher sind als das ArG.

---

12 Art. 2 Abs. 2 ArG ; MÜLLER, N. Abs. 1 und Abs. 2 zu Art. 2 ArG ; GEISER, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 10 ff. zu Art. 2 ArG.

13 BIGLER, N 11 zu Art. 2 ArG.

14 Art. 7 ArGV 1.

15 Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 ; vgl. dazu : GEISER, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 13 zu Art. 2 ArG ; ZWAHLEN, N. 12 zu Art. 2 ArG ; MÜLLER, N. 1 zu Art. 2 Abs. 2 ArG ; TSCHUDI, Arbeitnehmerschutz, S. 26 ; CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 2 ArG.

16 Art. 7 Abs. 1 ArGV 1.

17 Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

Handelt es sich bei der Arbeitgeberin demgegenüber um eine **öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit**, sind die Arbeitszeitbestimmungen des ArG anwendbar, auch wenn die Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt sind. Allerdings ist Art. 71 ArG zu beachten, welcher günstigere öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält.

Die **Tragweite von Art. 71 ArG** in seiner geänderten Fassung ist allerdings wenig geklärt. Es ist unbestritten, dass gemäss Art. 71 Bst. b ArG in allen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften, welche grundsätzlich unter das ArG fallen, die öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen bezüglich der Arbeitszeiten nicht schlechter sein dürfen, als jene des Arbeitsgesetzes[18]. Fraglich erscheint aber, wie es sich verhält, wenn gemäss den aufgezeigten Regeln nach Art. 2 ArG und Art. 7 ArGV 1 die Arbeitszeitbestimmungen des ArG als nicht anwendbar erklärt werden. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass der betriebliche Anwendungsbereich gegeben sein muss, damit Art. 71 Bst. b ArG anwendbar ist[19]. Mit Fug kann das allerdings in Frage gestellt werden. Die in Art. 71 Bst. b ArG vorgesehene Einschränkung des Vorranges öffentlich-rechtlicher Anstellungsbedingungen verhindert nur dann Wettbewerbsverzerrungen und schützt Arbeitnehmer unabhängig der Art ihrer Anstellung gleichmässig, wenn die Bestimmung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betrieb bloss wegen Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG nicht dem Arbeitsgesetz untersteht. Dass es ohne weiteres möglich ist, einzelne Normen des ArG auf Betriebe und Anstellungsverhältnisse anzuwenden, die vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind, zeigen auch andere Bestimmungen des ArG. Schliesslich bleibt zu beachten, dass die Gesundheits-bestimmungen des ArG gemäss Art. 2 Abs. 1, Ingress und Art. 3*a* ArG ohnehin bezüglich des Gesundheitsschutzes auf öffentlich-rechtlich organisierte Betriebe anwendbar sind[20].

C. Wer bestimmt die Art des Anstellungsverhältnisses ?

Das **Legalitätsprinzip** ist auch für die Frage massgeblich, ob eine **privatrechtliche Anstellung zulässig** ist oder nicht. Die Bundesverfassung belässt den Kantonen die Organisationshoheit für ihre öffentliche Verwaltung. Damit ist nicht der Bundesgesetzgeber, sondern der kantonale Gesetzgeber zuständig, die Anstellung im öffentlichen Dienst zu regeln. Das muss aber – wie dargelegt – durch Gesetz (im materiellen Sinn) erfolgen. Entsprechend bestimmt auch der kantonale Gesetzgeber, wie im Kanton die öffentliche Hand Personal anzustellen hat. Der Kanton St. Gallen hat dies

---

18 MAHON, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 10 zu Art. 71 ArG.

19 MAHON, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 11 zu Art. 71 ArG ; GEISER, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 9. zu Art. 2 ArG.

20 Vgl. dazu GEISER, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, Kommentar zu Art. 3*a* ArG.

beispielsweise für die Ebene des Kantons im Personalgesetz vom 25. Januar 2011 getan[21]. Dieses hält fest, dass das Arbeitsverhältnis ein öffentlich-rechtliches ist, soweit nicht das Gesetz etwas anderes vorsieht[22]. Das Personalgesetz des Kantons St. Gallen gilt aber grundsätzlich nur für den Kanton, nicht auch für die Gemeinden. Diese regeln vielmehr in ihrem Bereich die Anstellungsverhältnisse selbständig[23].

Die Anstellung bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt kann somit sowohl öffentlich-rechtlich wie auch privatrechtlich sein. Allerdings setzt die privatrechtliche Anstellung voraus, das dafür eine Rechtsgrundlage besteht. Das kantonale öffentliche Recht muss somit auf das Privatrecht verweisen. Sieht ein Gesetz oder Reglement eine **privatrechtliche Anstellung** vor, so gilt für diese das **Obligationenrecht**. Die öffentliche Hand hat dann keine Möglichkeit, von dessen zwingenden Normen abweichende Regeln aufzustellen. Mischformen sind nicht zulässig. Es ist aber zu beachten, dass das Obligationenrecht das Arbeitsverhältnis nicht abschliessend regelt. So setzt das Obligationenrecht z.B. weder die Lohnhöhe noch die Arbeitszeiten fest. Dies hat vielmehr vertraglich zu erfolgen. Es bedarf dafür einer gegenseitigen Willensübereinkunft. Das heisst, dass die **Arbeitgeberin den Vertragsinhalt nicht einseitig festlegen kann**. Entscheidet sich das Gemeinwesen für eine privatrechtliche Anstellung, kann es deshalb auch nicht in einem Reglement die Löhne festschreiben. Es kann nur in einem Reglement festhalten, welche Löhne es den Stellenbewerbern offeriert. Es ist dann aber an diesen, diese Offerte anzunehmen oder eine Gegenofferte zu unterbreiten. Entsprechend kann das Gemeinwesen auch nicht einseitig die Löhne abändern, wenn sie sich einmal mit einem Arbeitnehmer auf eine bestimmte Lohnhöhe – und auf einen bestimmten Plan über Lohnerhöhungen – geeinigt hat.

Zu beachten ist allerdings, dass das Gemeinwesen grundsätzlich auch eine **öffentlich-rechtliche Anstellung** vorsehen und für deren **Ausgestaltung auf das Arbeitsvertragsrecht verweisen** kann. Dieses kommt dann nicht als Bundeszivilrecht sondern als kantonales öffentliches Recht zu Anwendung. Ein solches Vorgehen ist allerdings wenig sinnvoll. Das Arbeitsvertragsrecht passt mit der Vertragsfreiheit und seinen teilweise sehr offenen Regeln nicht mit den Grundsätzen des öffentlichen Rechts überein. Die vertragsrechtlichen Regelungen des OR lassen sich nicht ohne weiteres in das Korsett des öffentlichen Rechts zwingen.

---

21 sGS 143.1.

22 Art. 14 Personalgesetz SG.

23 Art. 95 Gemeindegesetz SG.

II. Hauptsächliche Unterschiede zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsverhältnis

A. Vertragsparteien

Erstaunlicherweise erweist es sich in der Praxis immer wieder als fraglich, **wer eigentlich die Parteien des Arbeitsverhältnisses** sind. Während dies arbeitnehmerseitig meist keine grossen Schwierigkeiten bereitet, kann es sich arbeitgeberseitig als höchst unklar erweisen. Das Problem betrifft nicht nur die Privatwirtschaft, sondern sehr wohl auch die öffentliche Hand. Unklarheiten führen immer dann zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, wenn es zu Auseinandersetzungen kommt und nun nicht klar ist, wer eingeklagt werden muss, bzw. wer Rechte geltend machen kann. Die Frage stellt sich unabhängig davon, ob die Anstellung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich erfolgt. Letzteren Falls kommt es auch nicht darauf an, ob sie durch Verfügung oder Vertrag begründet wird.

Arbeitgeber im Rechtssinn kann immer nur eine Institution sein, die über **eigene Rechtspersönlichkeit** verfügt. Eigene Rechtspersönlichkeit haben die Gemeinden. Dabei ist zu beachten, dass sehr wohl als Arbeitgeberin zwischen der Einwohnergemeinde, der Ortsbürgergemeinde und den Kirchgemeinden zu unterscheiden ist, soweit diese nach dem kantonalen Recht eigene Rechtspersönlichkeit haben. Zudem können zu einer Gemeinde auch **weitere Körperschaften oder Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit** gehören. Zu denken ist beispielsweise an Alters- und Pflegeheime in Form einer Stiftung oder einer AG. Es ist auch möglich, dass öffentlich-rechtliche Aufgaben auf Private, wie Vereine oder Unternehmen ausgelagert worden sind. Arbeitgeberin ist dann diese privatrechtlich organisierte juristische Person. Schliesslich können auch mehrere Gemeinden zusammen einen Verein gründen oder eine Stiftung oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts errichten, um eine Aufgabe gemeinsam zu lösen. Auch diese Einrichtung kann Arbeitgeberin sein, wenn sie eigene Rechtspersönlichkeit hat.

Entscheidend ist in jedem Fall, dass in der Anstellungsverfügung oder im (privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen) Anstellungsvertrag **klar festgehalten** wird, **wer nun Arbeitgeberin** ist und diese muss immer mit eigener Persönlichkeit ausgestaltet sein. Deshalb kann nie der Gemeinderat oder eine Dienststelle Arbeitgeberin im dargelegten Sinn sein.

Von der Arbeitgeberin im dargelegten Sinn zu unterscheiden ist jene Person, welche über die **Anstellung entscheidet bzw. diese vornimmt**. Die Kompetenz zur Anstellung bzw. zur Entlassung muss wiederum in den Organisationsnormen der Gemeinde geregelt sein. Die entsprechende Person vertritt die Gemeinde bzw. die Anstalt oder Körperschaft, welche als Arbeitgeberin auftritt. Sie muss über entsprechende Vertretungsmacht verfügen.

B. Kategorien von Arbeitnehmern

Eine Besonderheit des schweizerischen (privatrechtlichen) Arbeitsvertragsrechts besteht darin, dass es nicht zwischen verschiedenen Arten von Arbeitnehmenden unterscheidet. Der arbeitsvertragliche Arbeitnehmerschutz gilt für alle Arbeitnehmer, unabhängig ihrer Stellung im Betrieb. Er gilt für das Putzpersonal gleichermassen wie für den CEO. Eine gewisse **Kategorisierung** besteht nur, soweit es um den **Schutz nach dem ArG** geht. Dieses Gesetz nimmt von seinem Anwendungsbereich gewisse Kategorien von Arbeitnehmenden aus. Die Regelung ist sehr kasuistisch. Die bekannteste Ausnahme betrifft die Angestellten mit einer höheren leitenden Tätigkeit[24]. Diese Ausnahme wird in der Praxis sehr eng ausgelegt[25].

Demgegenüber kann die **öffentliche Hand für ihren Bereich bei den öffentlich-rechtlichen Anstellungen** sehr wohl mehr differenzieren und unterschiedliche Regeln für unterschiedliche Arten von Anstellungen vorsehen. Namentlich empfiehlt es sich die Anstellung von Magistratspersonen und anderen politisch gewählten Behörden gesondert zu regeln. Zu beachten ist allerdings, dass diese Differenzierungen auf die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des ArG keinen Einfluss haben. Dessen Anwendungsbereich wird vielmehr durch dieses Gesetz und die dazugehörenden Verordnungen des Bundes abschliessend geregelt.

Soweit es um privatrechtliche Anstellungen geht, muss immer auch geklärt werden, ob überhaupt ein **Arbeitsverhältnis** vorliegt **oder** ob es sich um ein **anderes Rechtsverhältnis** wie Auftrag, Werkvertrag und dergleichen handelt. Soweit die öffentliche Hand privatrechtlich anstellen will, entscheidet sich die Frage aber ausschliesslich nach den privatrechtlichen Kriterien. Die Kantone und Gemeinden haben damit *nicht* die Möglichkeit durch ein Gesetz zu bestimmen, ob es sich um einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag oder einen Auftrag handeln soll. Demgegenüber kann ein Gesetz ohne weiteres unterschiedliche Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht definieren.

C. Unterschiede bei Begründung des Arbeitsverhältnisses

Das **privatrechtliche Arbeitsverhältnis** wird immer durch **Vertrag begründet**. Der Vertrag kommt durch übereinstimmende Willenserklärung über alle wesentlichen Punkte zustande[26]. Beim Arbeitsvertrag besteht die Besonderheit, dass er zudem auch entstanden

---

[24] Art. 3 Bst. d ArG.

[25] Vgl. BGE 126 III 340 ; GEISER, in : Geiser/von Kaenel/Wyler, N. 19 ff. zu Art. 3 ArG.

[26] Art. 1 f. OR.

ist, wenn sich die Parteien nicht über die wesentlichen Punkte geeinigt haben, aber die Arbeitgeberin Arbeit entgegengenommen hat, welche nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten war[27].

Die **öffentlich-rechtliche Anstellung** kann demgegenüber durch (öffentlich-rechtlichen) **Vertrag oder** durch (zustimmungsbedürftige) **Verfügung** zustande kommen. Dabei gilt heute der öffentlich-rechtliche Vertrag als moderner. M.E. sind sich allerdings die politischen Behörden den Konsequenzen einer solchen Regelung kaum bewusst. Konsequenterweise bedeutet dies nämlich, dass für das Arbeitsverhältnis nur gilt, was *beide* Parteien gewollt haben. Überdies sind die entsprechenden Bestimmungen nicht nach den Grundsätzen über die Gesetzesauslegung zu interpretieren. Vielmehr sind die Grundsätze der Vertragsauslegung massgeblich.

D. Unterschiede während der Dauer des Arbeitsverhältnisses

Wesentlichster Unterschied während der Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass sich beim **privatrechtlichen Arbeitsverhältnis** die Rahmenbedingungen aus dem **Obligationenrecht** ergeben. Soweit es sich dabei um zwingende Normen handelt, kann davon nicht abgewichen werden. Die weitere Konkretisierung ergibt sich dann aus der **vertraglichen Vereinbarung**. Stellt das Gemeinwesen öffentlich-rechtlich an, ist es demgegenüber weitgehend frei, wie es den Inhalt des Arbeitsverhältnisses im Gesetz gestalten will. Es ist an die Vorgaben des Obligationenrechts nicht gebunden. Allerdings muss es für gewisse Arbeitsverhältnisse die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes beachten.

Die Unterscheidung führt zu praktisch wesentlichen Unterschieden hauptsächlich in den nachfolgend aufgeführten Punkten :

- **Lohn** : Unabhängig von der Art der Anstellung ist die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau zu wahren. Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich zudem, dass ebenfalls in jedem Fall der Staat generell nur Löhne gemäss den von ihm aufgestellten Lohnskalen anbieten darf und nicht einzelnen Mitarbeitenden mehr oder weniger bezahlen kann. Im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis ist aber eine Lohnanpassung nie einseitig möglich. Vielmehr ist dafür immer auch das Einverständnis des einzelnen Arbeitnehmers notwendig, der die Zustimmung ohne jeglichen Begründungszwang verweigern kann.
- **Lohnfortzahlungspflicht** : Beim privatrechtlichen Anstellungsverhältnis müssen mindestens die Lohnfortzahlungen im Rahmen der Art. 324*a* und 324*b* OR bei

[27] Art. 320 Abs. 2 OR.

Krankheit etc. gewährt werden. Beim öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis ist das Gemeinwesen frei, wie es dies regeln will.

- **Probezeit** : Privatrechtlich kann diese maximal 3 Monate betragen und nicht verlängert werden[28]. Bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung ist das Gemeinwesen frei, wie es dies in seinem Gesetz regeln will. Es kann somit auch eine längere Dauer vorsehen.
- **Anstellungsdauer** : Ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis kann auf unbestimmte Zeit geschlossen werden oder befristet sein. Werden mehrere befristete Arbeitsverhältnisse an einander gehängt, so wird dies in der Regel wie ein unbefristetes Arbeitsverhältnis behandelt.[29] Das Gemeinwesen ist grundsätzlich frei, ob es befristete Anstellungsverhältnisse vorsehen will oder ob es diese an gewisse Bedingungen knüpft. Es muss dann aber von diesen Möglichkeiten rechtsgleich Gebrauch machen.
- **Arbeitszeiten** : Ob bei den Arbeitszeiten die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes eingehalten werden müssen oder nicht, richtet sich nach diesem und nicht nach dem kantonalen oder kommunalen Recht. Die Art der Anstellung hat aber bei selbständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts Einfluss auf die Anwendung des Arbeitsgesetzes.
- **Entschädigung von Überstunden und Überzeiten** : Überstunden sind beim privatrechtlichen Arbeitsverhältnis auszugleichen oder mit einem Zuschlag zu entschädigen. Die Entschädigung kann allerdings *schriftlich* wegbedungen werden[30]. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist das Gemeinwesen frei, wie es dies regeln will. Ob Überzeiten zu entschädigen sind oder nicht, richtet sich in jedem Fall danach, ob das Arbeitsgesetz anwendbar ist oder nicht.
- **Änderung der Arbeitsbedingungen** : Bei einer privatrechtlichen Anstellung ist die Änderung nur durch übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien möglich, wobei beide Parteien durch eine Änderungskündigung Druck auf die Gegenpartei ausüben können. Das gilt auch für das öffentliche Anstellungsverhältnis, wenn die Anstellung durch Vertrag erfolgt ist. Bei einer Anstellung durch Verfügung, kann die Arbeitgeberin durch Änderung der Rechtsgrundlagen die Anstellungsbedingungen einseitig ändern.
- **Ferien** : Bei den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen müssen mindestens vier Wochen Ferien gewährt werden[31]. Der Anspruch, diese zu beziehen, verjährt erst

---

28 Art. 335*b* OR.

29 Problem der sogenannten Kettenverträge.

30 Art. 321*c* OR.

31 Art. 329*a* OR. Bis zum vollendeten 20. Altersjahr sind es fünf Wochen Ferien.

innert fünf Jahren. Die Gemeinwesen sind frei, beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis dies anders zu regeln.

- **Haftung** : Für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis ist die Haftung des Arbeitnehmers in Art. 321*e* OR geregelt. Die Arbeitgeberin haftet nach Art. 97 OR. Daneben bestehen regelmässig öffentlich-rechtliche Normen, nach denen das Staatswesen (Kanton, Gemeinde) haftet und ein Rückgriff auf fehlbare Angestellte möglich ist. Bei einer privatrechtlichen Anstellung kann sich m.E. der Arbeitnehmer *zu seinen Gunsten* auf beide Normen berufen, je nach dem, was für ihn günstiger ist. Wer öffentlich-rechtlich angestellt ist, kann sich nur auf die Haftungsgesetze der öffentlichen Hand und die von der Gemeinde im Reglement erlassenen Normen stützen.
- **Streikrecht** : Ob ein Streik zulässig ist oder nicht, richtet sich nicht nach der Art der Anstellung sondern nach Art. 28 BV.
- **Sozialversicherungen** : Die einschlägigen Gesetze unterscheiden regelmässig nicht nach der Art der Anstellung. Es gelten für beide Arten von Arbeitsverhältnissen grundsätzlich die gleichen Regeln.

E. Unterschiede bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Beim privatrechtlichen Anstellungsverhältnis muss die **Kündigung** – wie die Anstellung – von einer **Person ausgehen**, welche die **Gemeinde rechtsverbindlich vertreten** kann. Beim öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis ist das Gemeinwesen frei, wie es die Kündigungsberechtigung in ihrem Reglement regeln will.

Im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis besteht grundsätzlich **Kündigungsfreiheit**. Die Arbeitgeberin kann künden, ohne dass es dafür eines besonderen Anlasses bedürfte. Die öffentliche Hand darf aber von ihrer Freiheit nicht in einer willkürlichen Weise Gebrauch machen, weil sie in ihrem ganzen Handeln an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist. Die öffentlich-rechtliche Anstellung belässt der öffentlichen Hand grundsätzlich die gleichen Freiheiten. Diese müssen aber im Personalrecht geregelt sein. Es ist üblich – aber nicht zwingend – dass in den personalrechtlichen Normen die Kündigungsgründe abschliessend aufgeführt sind. Dann muss sich das Gemeinwesen auch an diese Gründe halten und es ist eine gerichtliche Überprüfung möglich.

Das Arbeitsvertragsrecht kennt beim privatrechtlichen Arbeitsverhältnis einen zeitlichen[32] und einen sachlichen **Kündigungsschutz**[33]. Liegt eine missbräuchliche Kündigung vor

[32] Art. 336*c* f. OR.

[33] Art. 336 ff. OR.

(sachlicher Kündigungsschutz), so ist die Kündigung dennoch gültig. Die Arbeitgeberin muss aber eine Strafzahlung von maximal sechs Monatslöhnen leisten. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gibt es keine entsprechende Vorgabe. Die Kantone und Gemeinden sind von daher frei, wie sie diese Frage in ihren Gesetzen und Reglementen regeln wollen. Üblich war bis anhin, dass Kündigungen als Verfügungen anfechtbar sind. Die Anfechtung hat dann in der Regel aufschiebende Wirkung. Der Arbeitnehmer ist weiterhin angestellt, bis das Gericht entscheidet. Dieses kann die Kündigung aufheben. Allenfalls kann auch die aufschiebende Wirkung entfallen. Diese Regelungen sind für eine Anstellung beim Staat adäquater als die zivilrechtliche Strafzahlung, weil diese ja nicht von jener Person bezahlt werden muss, die ungerechtfertigt gekündigt hat, sondern vom Staat und damit der Gesamtheit der Steuerzahler.

Wird bei einer privatrechtlichen Anstellung während einer **Sperrfrist** gekündigt (zeitlicher Kündigungsschutz), ist die Kündigung nichtig. Tritt eine Sperrfrist auf, nachdem die Kündigung ausgesprochen worden ist, verlängert sich die Kündigungsfrist. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist das Gemeinwesen frei, ob sie Sperrfristen vorsehen und wie sie diese ausgestalten will. Ähnlich ist der Unterschied bei den **Kündigungsfristen**. Diese sind im OR vorgegeben und es ist insbesondere nicht möglich für Arbeitnehmer und Arbeitgeber unterschiedliche lange Kündigungsfristen vorzusehen![34] Die öffentliche Hand ist demgegenüber frei, wie sie dies beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis regeln will.

Von sehr grosser Bedeutung ist schliesslich der bereits erwähnt **Unterschied bei den Rechtswegen**. Bei einer zivilrechtlichen Anstellung sind Rechtsstreitigkeiten auf dem Zivilprozessweg auszutragen. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist das verwaltungsverfahren gegeben. Dies dürfte in der Regel für beide Seiten vorteilhafter sein.

III. Zweckmässigkeit der Unterscheidung und Folgerungen

A. Politische Diskussion

Die Frage, ob sich diese Unterscheidung zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung rechtfertigen ist vorwiegend unter politisch-ideologischen Gesichtspunkten diskutiert worden. Dabei wurde von der einen Seite vorgebracht, es brauche mehr Flexibilität beim Staat und deshalb seien privatrechtliche

[34] Art. 335*a* OR.

Anstellungen zu favorisieren. Von der anderen Seite wurde in den privatrechtlichen Anstellungen ein Angriff auf die soziale Sicherheit gesehen.

Beide Positionen halten aber einer **genaueren Prüfung nicht stand**. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das privatrechtliche Arbeitsverhältnis mit den Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts in einen Rahmen eingebettet ist, der den Arbeitnehmer sehr wohl schützt. Beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis besteht der Schutz erst, wenn das entsprechende Gemeinwesen, d.h. der entsprechende Arbeitgeber, Schutznormen erlassen hat. Er ist aber grundsätzlich frei, wesentlich schlechtere Arbeitsbedingungen zu bieten, als dies bei einem privaten Arbeitsverhältnis möglich wäre. Zu beachten ist auch, dass die vertragliche Grundlage bei einer privatrechtlichen Anstellung einen wesentlich starreren Rahmen schafft, als die öffentlich-rechtliche Anstellung durch Verfügung. Das Gemeinwesen kann die Arbeitsbedingungen bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung jederzeit einseitig abändern. Bei der privatrechtlichen Anstellung kann der Vertrag nur im gegenseitigen Einverständnis abgeändert werden.

B. Rechtliche Argumente

Nicht zu ändern ist der Umstand, dass als Arbeitgeberin einerseits der Staat und staatliche Institutionen auftreten und andererseits private natürliche und juristische Personen. Es ist zu prüfen, ob sich daraus auch zwingend eine unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse ergibt.

1. Echte Differenzen

Das Gemeinwesen **kann sich seinen verfassungsmässigen Verpflichtungen**, namentlich dem **Willkürverbot** und dem **Legalitätsprinzip**, **nicht** dadurch **entziehen**, dass es privatrechtlich handelt. Vielmehr muss es sich auch bei rechtsgeschäftlichen Handlungen an diese Grundsätze halten. Insofern ist es aber auch ohne Bedeutung, ob der Staat bzw. eine staatliche Institution die Anstellung zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Auch bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung sind diese Grundsätze einzuhalten. Insofern ist eine Konvergenz unvermeidlich. Die öffentliche-rechtlichen Regeln sind aber für staatliches Handeln wesentlich adäquater als das zivilrechtliche, rechtsgeschäftliche Handeln. Insofern ist es sinnvoll, wenn die Kantone und Gemeinden grundsätzlich ihr Personal öffentlich-rechtlich anstellen. Dabei ist es m.E. auch richtig, jene Form des Handelns zu wählen, die dem öffentlichen Recht entspricht, nämlich die Verfügung und nicht den Vertrag. Entgegen der derzeitigen Tendenzen halte ich eine Anstellung durch zustimmungsbedürftige Verfügung für sinnvoller, als durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Entsprechend sollte – wenn immer möglich – auf eine privatrechtliche Anstellung durch die öffentliche Hand verzichtet werden.

Fraglich erscheint mir aber umgekehrt, ob es richtig ist, für das Willkürverbot und eventuell sogar für das Legalitätsprinzip die **Grenzziehung** zwischen staatlichen Institutionen und Privaten zu ziehen. Rechtfertigung dieser Grundsätze ist die Machtstellung des Staates. Der einzelne Bürger kann ihm nicht ausweichen. Von daher müsste richtiger Weise geprüft werden, ob die Unterscheidung nicht vielmehr sich darauf stützen sollte, ob die potentielle **Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer mit der entsprechenden Macht gegenüber tritt** oder nicht. Die Verfassungsbindung scheint folglich immer dann gerechtfertigt, wenn das Unternehmen – privates oder öffentliches – über eine entsprechende **Marktmacht auf dem Arbeitsmarkt** verfügt, insbesondere auf diesem eine Monopolstellung hat. Das ist für bestimmte Berufe der Fall. Eine beherrschende Marktstellung kann aber auch ein privates Unternehmen haben, wenn praktisch nur ein Unternehmen eine bestimmte Kategorie von Arbeitnehmenden Beschäftigt. Dann rechtfertigt sich die Vertragsfreiheit aber auch für dieses Privatunternehmen nicht. Umgekehrt kann diese Marktmacht bei staatlichen Unternehmen vollständig fehlen. Warum dann die Verfassungsgarantien gelten sollen und das Arbeitsverhältnis nicht der Vertragsfreiheit unterstehen soll, lässt sich schwer begründen. Die einzige Begründung kann darin liegen, dass der Souverän als Eigentümer des Staates die Eigentümerstrategie in der Verfassung und den auf diesen beruhenden Gesetzen festlegt.

Was bedeuten diese Verfassungsgrundsätze nun aber konkret für das Arbeitsverhältnis bezüglich der Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Anstellung? Bezüglich der **Begründung des Arbeitsverhältnisses** besteht

- bezüglich der **Wahl der Vertragspartei** sowohl im privaten wie auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis **Vertragsfreiheit**. Das ist erstaunlich, weil bezüglich Dienstleistungen die Partnerwahlfreiheit wegen der Normen zum öffentlichen Beschaffungswesen nur in sehr eingeschränktem Rahmen für den Staat gilt.
- Demgegenüber richten sich die **Arbeitsbedingungen** wegen des **Legalitäts-prinzips und dem Willkürverbot** beim Staat nach den vorgegebenen Rechtsnormen und nicht nach dem freien Willen der Parteien, Vertragsfreiheit kann hier nur in einem engen Rahmen bestehen. Es ist wohl auch davon auszugehen, dass eine Vereinbarung, welche diesen Rahmen sprengt, als ungültig angesehen werden muss, auch wenn sie dem übereinstimmenden Parteiwillen entspricht. Insofern bleibt zwingend ein Unterschied zum Privatrecht.

Das Arbeitsverhältnis ist ein lebendiges Dauerschuldverhältnis. **Änderungen** sind deshalb **während der Vertragsdauer zwingend**. Diesbezüglich zeigen sich aber die gleichen prinzipiellen und wohl letztlich nicht überwindbaren Unterschiede zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht. Auch wenn letzteres heute mit Verträgen arbeitet, so dass auch bei der öffentlich-rechtlichen Anstellung eine Änderung nur möglich ist,

wenn auch jeder einzelne Arbeitnehmer zustimmt, besteht dennoch wegen des Willkürverbotes und des Legalitätsprinzips keine Vertragsfreiheit. Dieser Unterschied lässt sich kaum beseitigen.

Bezüglich der **Auflösung des Arbeitsverhältnisses** hat zwar in den letzten Jahren eine Annährung des öffentlichen Rechts an das Privatrecht stattgefunden, indem der Kündigungsschutz bei Anstellungen beim Staat insofern massiv abgebaut worden ist, als auch einer rechtswidrigen Kündigung unter gewissen Voraussetzungen Gültigkeit zukommt. Im Privatrecht wurde gleichzeitig der Kündigungsschutz etwas ausgebaut. Eine vollständige Angleichung ist hier aber nicht möglich, weil es um die Vertragsfreiheit im Privatrecht geht und diese bedeutet ein Recht auf Willkür, welche es beim Staat nicht geben darf.

2. Zu beseitigende Differenzen

Wie aufgezeigt sind während der Dauer des Arbeitsverhältnisses die Unterschiede ohnehin äusserst gering. Die Arbeitsbedingungen sind bei beiden Arten der Anstellung durch die bei der Begründung festgelegten Normen gegeben. Das gilt für den Lohn, die Lohnfortzahlungspflicht im Falle einer Arbeitsverhinderung, Probezeit und Anstellungsdauer, Ferien, Streikrecht und Sozialversicherungen. Für alle diese Bereiche sind einheitliche Regelungen ohne weiteres möglich. Sie hätten allerdings staatspolitisch zur Folge, dass das Bundesrecht auch für die Anstellungen in der kantonalen Verwaltung anwendbar wäre. In der Praxis würde sich allerdings kaum etwas verändern, weil in diesen Punkten die Kantone aus Gründen des Arbeitsmarktes ohnehin kaum hinter den einseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts her hinken können.

Weil sich bezüglich der Haftung des Arbeitnehmers eine privatrechtliche Anstellung von einer öffentlich-rechtlichen klar unterscheidet, ist hier eine vollständige Anpassung nicht sinnvoll. Es liesse sich kaum rechtfertigen, bei den Arbeitsverhältnissen andere Haftungsregeln vorzusehen, als in anderen Bereichen des staatlichen Handelns. Das Problem ist allerdings von geringer rechtlicher Bedeutung, weil die öffentlich-rechtlichen Haftungsregeln für den Arbeitnehmer regelmässig günstiger sind, als die zivilrechtlichen, so dass sie mit den einseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts ohne weiteres in Übereinstimmung zu bringen sind.

Bezüglich der **Arbeitszeiten** wäre eine Anpassung der öffentlich-rechtlichen Anstellung an die privatrechtliche ohne weiteres möglich. Dafür bedarf es nur des politischen Willens, alle öffentlich-rechtlichen Anstellungen im gleichen Masse den Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes zu unterstellen wie privatrechtliche Anstellungen. Es besteht kein überzeugender Grund, warum die öffentliche Hand bezüglich all jener Bestimmungen, welche das Arbeitsverhältnis als Verhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer betreffen und nicht das Verhältnis zu den Behörden, den privaten Betrieben nicht

gleichgestellt sein sollte. Soweit es um Notfalldienste geht und sich Besonderheiten aus der Notwendigkeit ergeben, öffentliche Dienstleistungen zu erbringen, besteht längst praktisch in keinem Gebiet mehr ein Staatsmonopol, welches besondere Arbeitszeiten erfordern würde. Freilich würde eine allgemeine Unterstellung unter das Arbeitsgesetz den Schutz der beim Staat angestellten Arbeitnehmer erhöhen und wäre mit zusätzlichen Kosten verbunden. Das kann aber kein Argument gegen eine Konvergenz sein.

Entscheidend ist schliesslich, dass der **Rechtsweg** klar ist, wenn irgendwelche Streitigkeiten auftauchen. Sind die Zivilgerichte zuständig oder ist nach erschöpfen des verwaltungsinternen Instanzenzuges der Verwaltungsgerichtsweg zu beschreiten? Hier ist allerdings eine Konvergenz ohne weiteres möglich. Es steht nichts im Wege, die Rechtswege zu vereinheitlichen. Entscheidend ist in jedem Fall, dass ein Gericht mit voller Kognition über die Ansprüche entscheiden können muss. Dies gebietet die EMRK.

3. Gesetzgeberische Möglichkeiten

Mit Blick auf den föderalistischen Staatsaufbau könnte der Dualismus dadurch beseitigt werden, dass ein sowohl für private Unternehmen wie auch für den Staat gültiges Arbeitsvertragsrecht erlassen wird[35], der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes[36] nicht mehr nach privaten Betrieben und der öffentlichen Verwaltung unterscheidet und sowohl eine einheitliche Zuständigkeit wie auch ein einheitliches Verfahrensrecht für Arbeitsstreitigkeiten geschaffen wird. Daneben können dann Bund und Kantone für jeweils ihre Angestellte *im durch die genannten Gesetze gesteckten Rahmen* Normen im Sinne von allgemeinen Geschäftsbedingungen erlassen, wie dies auch grosse private Unternehmen kennen. Bezüglich der entsprechenden kantonalen Normen läge darin keine Besonderheit, weil diese den durch das Bundesrecht gesteckten Rahmen ohne hin berücksichtigen müssen. Auf Bundesebene hätte dies allerdings die Besonderheit, dass die entsprechenden Anstellungsnormen nicht in einem Gesetz im formellen Sinn erlassen werden könnten, weil sie dem Vertragsrecht und dem öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz nachgehen müssen.

Es ist selbstverständlich, dass eine solche Konvergenz nur mit grossen Gesetzesrevisionen möglich ist und bezüglich des Eingriffs in die Kompetenz der Kantone, ihre Verwaltung selber zu organisieren, wohl auch eine Verfassungsrevision voraussetzt.

---

35 Das kann wie bisher ein Teil des Obligationenrechts sein.

36 D.h. das Arbeitsgesetz und die dazugehörenden Verordnungen.

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BIGLER FRIEDRICH-WALTER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1986.

CANNER RUDOLF/SCHOOP RENÉ, Arbeitsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1976.

GEISER THOMAS, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ?, in : Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 809 ff ; zitiert : GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ?

GEISER THOMAS, in : Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2012.

MAHON PASCAL, in : Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005.

MICHEL MATTHIAS, Amtsdauersystem, in : Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 155 ff.

MÜLLER ROLAND A., Arbeitsgesetz, Zürich 2001.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002.

RHINOW RENÉ, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in : Peter Böckli/Hans Hinderling/Hans Peter Tschudi/ Kurt Eichenberger/Felix Thomann (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 429 ff.

TSCHUDI HANS PETER, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel 1987.

TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985.

ZWAHLEN HENRI, in : Kommentar zum Arbeitsgesetz, unter der wissenschaftlichen Leitung von Walther Hug, Bern 1971.

Troisième partie – Droit comparé

WOLFGANG DÄUBLER

Arbeitsrecht und Beamtenrecht – auf dem Wege der Annäherung ? Deutsche Erfahrungen

Sommaire

		Page
I.	Einführung	301
	A. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Arbeitsrecht	302
	B. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Beamtenrecht	302
	C. Inhaltliche Regelungen im Grundgesetz	303
	1. Koalitionsfreiheit und kollektives Arbeitsrecht	303
	2. Sonderregelungen für Beamte	304
II.	Wesentliche inhaltliche Unterschiede zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht	305
	A. Rechtssystematische Zuordnung	305
	B. Bestandsschutz	306
	C. Festlegung der Vergütung	308
	D. Festlegung der Arbeitszeit	311
	E. Der Pflichtenstatus	312
	a) Arbeitnehmer	312
	b) Beamte	314
	F. Sozialversicherung	316
	G. Rechtsweg	317
III.	Aktuelle und potentielle künftige Übereinstimmungen zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht	318
	A. Einheitliche gesetzliche Regelungen	318
	B. Die Anwendung des Art. 11 EMRK auf Beamte	318
	C. Annäherungen innerhalb des öffentlichen Dienstes ?	320
	D. Die einheitliche Interessenvertretung für den öffentlichen Dienst	321
	E. Weshalb keine Annäherung ?	324
IV.	Bibliographie	325

I. Einführung

Deutschland ist als Bundesstaat organisiert, in dem die Gesetzgebungskompetenz zwischen dem Bund und den Ländern aufgeteilt ist. Die einschlägigen Regelungen finden

sich in den Artikeln 70 bis 74 des Grundgesetzes (GG)[1] und sprechen auch das Arbeitsrecht sowie das Beamtenrecht an.

A. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Arbeitsrecht

Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bestimmt, dass das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung und des Arbeitsschutzes sowie die Sozialversicherung zur sog. konkurrierenden Gesetzgebung gehören. Nach Art. 72 Abs. 1 GG bedeutet « *konkurrierende Gesetzgebung* », dass die Länder nur solange und soweit zuständig sind, wie der Bund auf dem fraglichen Gebiet nicht von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Bei bestimmten Gegenständen darf der Bund allerdings nur dann tätig werden, wenn und soweit « *die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet* » oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse « *eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich* » macht. Zu diesen Materien zählt das Arbeitsrecht aber nicht.

In der Praxis hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz im Arbeitsrecht in weitem Umfang Gebrauch gemacht. Dabei werden dem Bundesrecht auch richterrechtliche Grundsätze zugerechnet, die in (losem) Zusammenhang mit bundesrechtlichen Gesetzesnormen stehen. Dies gilt beispielsweise für die Grundsätze des Arbeitskampfrechts, die deshalb abweichenden Regeln auf Landesebene wie dem Verbot der Aussperrung in der hessischen Landesverfassung vorgehen[2]. Für die Länder ist nur noch eine Zuständigkeit für den (bezahlten) Bildungsurlaub geblieben, wovon die meisten auch Gebrauch gemacht haben.

B. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Beamtenrecht

Anders ist die Ausgangssituation im Beamtenrecht. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG besteht eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die « *Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen* ». Dies sind insbesondere die Bundesbeamten, für die das

[1] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438).

[2] BAG v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Leitsatz 6.

« *Bundesbeamtengesetz* » (BBG)[3] gilt, doch sind auch beim Bund beschäftigte Arbeitnehmer erfasst. Da das Arbeitsrecht aber seinerseits Bundesrecht ist, ergeben sich insoweit keine Konflikte. Was den (Ausnahme-)Bereich des Bildungsurlaubs betrifft, so hat der Bund eine eigene Regelung erlassen, weil insoweit keine Landeskompetenz besteht[4].

Was die in den Ländern und Gemeinden (sowie in anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts) beschäftigten Beamten angeht, so bestand bis zur Föderalismusreform 2006 eine sog. Rahmengesetzgebung des Bundes : Dieser konnte den « *Rahmen* » vorgeben, der durch die Landesgesetzgeber ausgefüllt wurde[5]. Nunmehr besteht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes, die sich allerdings nicht auf das Beamtenrecht als ganzes, sondern nur auf die « *Statusrechte und Statuspflichten* » der Beamten bezieht. Ausgenommen sind insbesondere Besoldung und Versorgung. Unter Ausschöpfung dieser Kompetenz hat der Bund das Beamtenstatusgesetz erlassen[6]. In den 16 Bundesländern existieren jeweils eigene Landesbeamtengesetze.

C. Inhaltliche Regelungen im Grundgesetz

1. Koalitionsfreiheit und kollektives Arbeitsrecht

Das Grundgesetz ist in Bezug auf das Arbeitsleben sehr zurückhaltend formuliert. Der Verfassungstext enthält als wichtige Vorgabe die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die gleichermaßen für Arbeitnehmer wie für Beamte gilt. Ihrem Wortlaut nach garantiert sie nur das Recht zur Bildung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sowie das Recht, bestehenden Organisationen beizutreten. Außerdem darf niemand wegen der Zugehörigkeiten zu einer Koalition benachteiligt werden. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) hat daraus

---

3 Bundesbeamtengesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 7. 11. 2015 (BGBl I S. 1938).

4 Vgl. Sonderurlaubsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. November 2004 (BGBl I S. 2836), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 22 des Gesetzes vom 5. 2. 2009 (BGBl I S. 160).

5 Davon wurde durch das Beamtenrechtsrahmengesetz vom 1. 7. 1957 Gebrauch gemacht, das zuletzt in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. 3. 1999 (BGBl I S. 654) galt. In der Gegenwart gelten nur noch einige Sondervorschriften weiter, die sich wie der Auslandseinsatz oder die Bestimmung des Rechtsweges unter den Begriff des « *Status* » subsumieren lassen.

6 Genauer Titel : Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamtStG) vom 17. 6. 2008 (BGBl I S. 1010), zuletzt geändert durch Artikel 15 Absatz 16 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160).

jedoch auch die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbände) abgeleitet. Diesen stehen insbesondere die folgenden Rechte zu[7] :

- Abschluss von Kollektivverträgen, durch die Mindestbedingungen für abhängig Beschäftigte garantiert werden ;
- Organisierung von Streiks und anderen Kampfmaßnahmen, um zum Abschluss solcher Kollektivverträge zu kommen. Inwieweit auch für andere Ziele gestreikt werden darf, ist nicht abschließend geklärt. Den Arbeitgebern steht unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Aussperrung zu ;
- Beteiligung an der Interessenvertretung auf der Ebene der Betriebe bzw. der Dienststellen, wobei die konkreten Formen dem Gesetzgeber überlassen sind ;
- Beteiligung an der Interessenvertretung auf der Ebene des Unternehmens ;
- Recht auf Werbung und Information im Betrieb und in der Dienststelle ;
- Vertretung der Mitgliederinteressen gegenüber dem Staat und den politischen Parteien.

2. Sonderregelungen für Beamte

Art. 33 GG betrifft den öffentlichen Dienst. Im hier interessierenden Zusammenhang sind drei Absätze dieser Bestimmung von Bedeutung.

- Nach Art. 33 Abs. 2 hat jeder Deutsche « nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung » gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieses mit einem Beamten oder einem Arbeitnehmer besetzt werden soll.
- Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist nach Art. 33 Abs. 4 GG als ständige Aufgabe in der Regel « Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen ». Damit sind die Beamten gemeint, doch werden auch Arbeitnehmer nicht nur ganz ausnahmsweise mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse betraut.
- Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes « unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums » zu regeln und fortzuentwickeln. Die Worte « und fortzuentwickeln » sind erst im Jahre 2006 angefügt worden[8]. Gemeint ist damit ausschließlich das Beamtenrecht, nicht die Stellung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Aus der

[7] Näher dazu DÄUBLER, Arbeitsrecht, Rn. 67 ff. ; DÄUBLER WOLFGANG, Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb – deutsche Erfahrungen, AJP/PJA n° 11-2014, S. 1441-1447.

[8] Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006 (BGBl I S. 2034).

« *Berücksichtigung* » hat das BVerfG in Bezug auf alle wichtigeren hergebrachten Grundsätze ein « *Beachten* » gemacht[9], so dass dem Gesetzgeber enge Grenzen gezogen sind und viele Inhalte des Beamtenverhältnisses erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestimmt werden. Darauf wird zurückzukommen sein.

II. Wesentliche inhaltliche Unterschiede zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht

Arbeitsrecht und Beamtenrecht stellen zwei verschiedene Welten dar, die unverbunden nebeneinander stehen. Dies soll zunächst an sieben Punkten deutlich gemacht werden.

A. Rechtssystematische Zuordnung

Das Arbeitsrecht ist Teil des Zivilrechts, da es die Beziehungen unter Privatrechtssubjekten regelt und keiner Seite hoheitliche Befugnisse einräumt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt es aber eine eigenständige Materie dar, die neben dem bürgerlichen Recht steht[10]. Ein Arbeitsverhältnis wird durch Vertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet; ist dieser unwirksam, entsteht ein sog. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, auf das arbeitsrechtliche Normen bis zu seiner Auflösung grundsätzlich Anwendung finden[11].

Das Beamtenrecht ist Teil des öffentlichen Rechts, wird also den Bürger-Staat-Beziehungen zugeordnet. Es gehört zum sog. Besonderen Verwaltungsrecht. Ein Beamtenverhältnis wird durch Verwaltungsakt seitens des « *Dienstherrn* » begründet. Ein solcher Verwaltungsakt kann allerdings nur auf Antrag des Betroffenen erlassen werden, so dass der Unterschied zum Vertrag geringer ist als er der juristischen Konstruktion nach erscheinen mag.

---

9 BVerfG 11. 6. 1958 – 1 BvR 1/52 und 1 BvR 46/52 – BVerfGE 8, 1, 16 ; BVerfG 6. 3. 2007 – 2 BvR 556/04 – BVerfGE 117, 330, 349 ; BVerfG 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247, 263.

10 BVerfG 22. 4. 1958 – 2 BvL 32/56 und 2 BvL 34/56 – BVerfGE 7, 342, 348 ; BVerfG 15. 12. 1987 – 1 BvR 563/85 u.a. – NZA 1988, 355.

11 PREIS ULRICH, in : Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB, Rn. 367 ff. ; KREUDER THOMAS, in : Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 611 BGB, Rn. 219.

B. Bestandsschutz

Arbeitsverhältnisse sind grundsätzlich kündbar. Soweit kein wichtiger Grund für eine Kündigung vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, muss der Arbeitgeber die Kündigungsfristen des § 622 BGB[12] beachten. Weiter ist die (ordentliche) Kündigung vom Vorliegen bestimmter Umstände abhängig. Bei Kleinbetrieben von bis zu zehn Arbeitnehmern und im Laufe der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses ist die Schwelle für eine Kündigung allerdings relativ niedrig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[13] darf die Kündigung lediglich nicht willkürlich sein oder auf sachfremden Motiven beruhen. Außerdem ist bei der Auswahl des zu Kündigenden ein « *gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme* » geboten. Schließlich darf ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben. Man kann insoweit von einem « *Basiskündigungsschutz* » sprechen. Sind im Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt und hat das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate gedauert, so ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar[14]. Dieses verlangt, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Das ist sie dann, wenn sie durch Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt oder wenn sie durch « *dringende betriebliche Erfordernisse* » bedingt ist. Was dies im Einzelnen bedeutet, lässt sich nur der Rechtsprechung entnehmen, die sich im Laufe der Jahrzehnte entwickelt hat[15]. Schließlich genießen bestimmte Beschäftigtengruppen einen Sonderkündigungsschutz, wonach die Gründe weiter beschränkt sind und/oder eine staatliche Genehmigung erforderlich ist. Dazu zählen Schwerbehinderte (Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX[16]), Arbeitnehmerinnen unter Mutterschutz (Pflichtverletzung als Voraussetzung, die noch gravierender ist als ein « *wichtiger Grund* » ; Zustimmung der Arbeitsverwaltung – § 9

---

12 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909 ; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2018) geändert worden ist.

13 BVerfG 17. 1. 1998 – 1 BvL 22/93 – NZA 1998, 470 ; BVerfG 21. 6. 2006 – 1 BvR 1659/94 – NZA 2006, 913, auch zum Folgenden.

14 Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl I S. 1317), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 20. 4. 2013 (BGBl I S. 868).

15 Darstellung bei OETKER HARTMUT, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (oben Fn. 11), Erläuterungen zu § 1 KSchG ; DÄUBLER WOLFGANG/DEINERT OLAF, in : Michael Kittner/Wolfgang Däubler/Bertram Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2014, Erläuterungen zu § 1 KSchG.

16 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (Artikel 1 des Gesetzes v. 19.6.2001, BGBl. I S. 1046).

MuSchG[17]), Arbeitnehmer, die Elternzeit, Pflegezeit oder Familienpflege in Anspruch nehmen, sowie schließlich Mitglieder eines Betriebsrats oder eines Personalrats, die nur aus wichtigem Grund und mit Zustimmung des Betriebsrats bzw. Personalrats gekündigt werden können, wobei die verweigerte Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzt werden kann. Auszubildende können nach Ablauf der Probezeit von höchstens vier Monaten nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Die Absicherung bewegt sich auf einer Skala von geringem zu höherem Schutz; ein dauerhafter Erhalt des Arbeitsplatzes ist aber auch in den Fällen des Sonderkündigungsschutzes nicht gewährleistet. Dies gilt erst recht bei der Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, das sogar dann ausläuft, wenn die Voraussetzungen eines Sonderkündigungsschutzes gegeben sind. Seine Begründung ist bei einer Ersteinstellung mit einer Dauer von bis zu zwei Jahren ohne sachlichen Grund, im Übrigen jederzeit mit Sachgrund möglich (§ 14 Abs. 1 und 2 TzBfG[18]).

Das Beamtenverhältnis besteht im Regelfall « *auf Lebenszeit* ». Dies ist nicht wörtlich zu nehmen, da es bei Erreichen der Altersgrenze endet. Gleichwohl ist das « *Lebenszeitprinzip* » von ganz zentraler Bedeutung. Es schließt jede Kündigung aus. Selbst wenn die Behörde geschlossen wird, in der der Beamte bisher tätig war, kommt keine Auflösung des Beamtenverhältnisses in Betracht. Es muss eine andere Einsatzmöglichkeit auf einem gleichwertigen Dienstposten gefunden werden. Bei schweren Pflichtverletzungen kann gegen einen Beamten ein Disziplinarverfahren eingeleitet werden, das mit einer « *Entfernung aus dem Dienst* » enden kann. Während des Verfahrens, bei dem eine solche Sanktion in Betracht kommt, kann eine « *vorläufige Dienstenthebung* » erfolgen. Dabei kann das Gehalt bis auf die Hälfte gekürzt werden, doch besteht kein Automatismus in dieser Richtung[19].

Neben dem Lebenszeitbeamten, der nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BBG den Regelfall bildet, gibt es den Beamten auf Probe. Die Probezeit, die grundsätzlich jeder Beamte durchlaufen muss, beträgt nach § 11 Abs. 1 Satz 3 BBG mindestens drei Jahre; nach fünf Jahren ist eine Umwandlung in ein Lebenszeitbeamtenverhältnis vorzunehmen, wenn die beamtenrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, sich der Betroffene insbesondere bewährt hat. Solange ein Beamtenverhältnis auf Probe besteht, ist eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis wegen Pflichtverletzung möglich, sofern diese so gravierend ist, dass sie in einem Disziplinarverfahren gegen einen Lebenszeitbeamten mindestens zu der

---

17 Mutterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002 (BGBl. I S. 2318), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2246) geändert worden ist.

18 Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1966), das zuletzt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854) geändert worden ist.

19 § 38 Abs. 1 und 2 Bundesdisziplinargesetz (BDG) vom 9. Juli 2001 (BGBl I S. 1510), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 2. 2009 (BGBl I S. 160).

Sanktion einer Kürzung der Dienstbezüge geführt hätte (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBG). Ein weiterer Grund ist mangelnde Bewährung, Dienstunfähigkeit (wenn nicht eine Versetzung in den Ruhestand erfolgt ist) sowie organisatorische Veränderungen, die eine weitere Verwendung des Beamten unmöglich machen.

Zum Beamten auf Widerruf wird man insbesondere im Rahmen des Vorbereitungsdienstes ernannt, dessen Ableistung Voraussetzung für ein berufsqualifizierendes Staatsexamen wie das des Juristen mit Befähigung zum Richteramt oder des Gymnasiallehrers ist. Daneben ist es zulässig (wenn auch wenig verbreitet), zur Wahrnehmung vorübergehender Aufgaben Beamte auf Widerruf zu ernennen (§ 6 Abs. 4 Nr. 2 BBG). Der Beamte auf Widerruf hat den vergleichsweise geringsten Bestandsschutz. Er kann « *jederzeit* » und ohne Einhaltung einer Frist entlassen werden. Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen muss allerdings immer ein ausreichender sachlicher Grund bestehen[20]. Soweit es sich um eine Person handelt, die einen Vorbereitungsdienst absolviert, « *soll* » Gelegenheit gegeben werden, den Vorbereitungsdienst abzuschließen und die Prüfung abzulegen (§ 37 Abs. 2 Satz 1 BBG).

Aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung kann auch ein « *Beamter auf Zeit* » ernannt werden. Dies betrifft u. a. Wahlämter wie die eines Bürgermeisters. Während des vorgesehenen Zeitraums wird der Beamte auf Zeit wie ein Lebenszeitbeamter behandelt, kann also nur wegen schwerer Pflichtverletzung um Wege des Disziplinarverfahrens aus dem Dienst entfernt werden. Mit Ablauf des vorgesehenen Zeitraums endet das Beamtenverhältnis automatisch.

Auch wenn man nicht ausschließlich das Lebenszeitbeamtenverhältnis betrachtet, ist die Arbeitsplatzsicherheit des Beamten ungleich höher als die des Arbeitnehmers. In der Probezeit, die beim Arbeitnehmer allerdings in der Regel höchstens sechs Monate beträgt, besteht im Arbeitsrecht nur der « *Basiskündigungsschutz* », also das Verbot der Kündigung aus unsachlichen Gründen. Ganz anders verhält es sich beim Beamten auf Probe. Auch der Beamte auf Widerruf ist jedenfalls durch die verwaltungsrechtlichen Grundsätze eher mehr geschützt als ein Arbeitnehmer. Schließlich kann das Beamtenverhältnis auf Zeit nur unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen begründet werden, während ein befristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit vereinbart werden kann.

C. Festlegung der Vergütung

Die zu bezahlende Vergütung richtet sich im Arbeitsrecht nach dem Arbeitsvertrag. Soweit Arbeitnehmer und Arbeitgeber tarifgebunden sind oder im Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag verwiesen wird, muss mindestens der Tariflohn gewährt werden. Dazu

[20] Übersicht über die Rechtsprechung bei BATTIS, § 37 Rn. 3.

kommen ggf. leistungsabhängige Zahlungen wie Prämien für Zielerreichung sowie freiwillige Sozialleistungen des Arbeitgebers. Bei letzteren schließt dieser häufig eine Fortsetzung der Zahlung für die Zukunft aus, doch ist dies nach der Rechtsprechung des BAG nur noch unter sehr engen Voraussetzungen möglich[21].

Insbesondere dort, wo keine Tarifverträge eingreifen, ist der zum 1. Januar 2015 eingeführte Mindestlohn von 8.50 Euro pro Stunde von erheblicher Bedeutung.

Tariflöhne werden in der Regel für ein bis zwei Jahre festgelegt. Anschließend kann in neuen Verhandlungen eine Erhöhung vereinbart werden, die insbesondere die Inflationsrate sowie die gesteigerte Produktivität berücksichtigen wird. Rechtlich möglich, aber häufig nicht durchsetzbar ist auch eine Umverteilungskomponente, die die Arbeitnehmer an den gestiegenen Gewinnen beteiligt. Eine rechtliche Kontrolle der Angemessenheit von Tariflohnerhöhungen besteht nicht, weil man davon ausgeht, dass sich die sozialen Gegenspieler auf einen angemessenen Kompromiss einigen. Auch ein Streik kann nicht mit dem Argument untersagt werden, die erhobenen Forderungen seien zu hoch[22].

Im Beamtenverhältnis wird die Vergütung, als « *Besoldung* » bezeichnet, durch den Gesetzgeber festgelegt. Sie findet sich in einem Sondergesetz, auf Bundesebene « *Bundesbesoldungsgesetz* » (BBesG) genannt[23]. Den bei weitem wichtigsten Teil stellt das Grundgehalt dar, das sich im Laufe der Jahre mit Rücksicht auf die gestiegene Erfahrung erhöht. Bis 2009 war die Höhe der Besoldung vom Lebensalter abhängig und stieg alle zwei Jahre an ; dies ließ sich jedoch nicht mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbaren[24], das auch den Schutz der Jüngeren umfasst. Zum Grundgehalt kommt ggf. ein Familienzuschlag hinzu. Leistungsabhängige Vergütungsbestandteile spielen eine untergeordnete Rolle. Sie sind im Hochschulbereich (§ 33 BBesG) sowie für alle Beamten in § 42a BBesG vorgesehen, dürfen jedoch 15 % aller Besoldungsempfänger eines Dienstherrn nicht übersteigen. Auch sind die Beträge nicht von einer Höhe, dass davon eine Verhaltenssteuerung erwartet werden könnte.

Weder die Beamten selbst noch ihre Gewerkschaften haben unmittelbaren Einfluss auf die Höhe der Besoldung. Nach § 118 BBG sind die Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse « *zu beteiligen* », was Gespräche, aber keine Mitentscheidung impliziert.

---

21 Zusammenfassende Darstellung bei BONIN BIRGER, in : DÄUBLER/BONIN/DEINERT, § 307 Rn. 196 ff. und § 308 Nr. 4 Rn. 30 ff.

22 BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987.

23 Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 2009 (BGBl I S. 1434), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl I, S. 2178).

24 So für die « *Lebensaltersstufen* » in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes EuGH 8. 9. 2011 – C 297/10 und C 298/10 – NZA 2011, 1100; BAG 10. 11. 2011 – 6 AZR 481/09 – NZA-RR 2012, 100.

Auch wenn die Inflation einen beträchtlichen Umfang erreicht oder die Steuereinnahmen mit Rücksicht auf eine positive gesamtwirtschaftliche Entwicklung höher als erwartet sind, liegt es grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, das Besoldungsgesetz zu ändern und den veränderten Umständen Rechnung zu tragen. Lange Zeit war es allerdings üblich, dass die für die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes tariflich vereinbarten Entgelterhöhungen mit oder ohne zeitliche Verzögerung auf die Beamten übertragen wurden. Angesichts der Knappheit öffentlicher Mittel ist dies allerdings in den letzten 15 bis 20 Jahren nicht mehr regelmäßig der Fall. Auch ist denkbar, dass eine Übernahme nur für die schlechter verdienenden Beamtengruppen erfolgt.

Angesichts der einseitig-hoheitlichen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses werden Beamtentarife von der ganz überwiegenden Meinung abgelehnt[25]. Dasselbe gilt erst recht für den Beamtenstreik[26].

Nach geltendem Recht hat der Gesetzgeber allerdings eine wichtige verfassungsrechtliche Vorgabe zu beachten. Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG gehört auch das sog. Alimentationsprinzip. Danach muss jeder Beamte eine Besoldung erhalten, die ihm und seiner Familie ein dem Amt entsprechendes angemessenes Leben ermöglicht. Im Einzelnen führt das Bundesverfassungsgericht dazu aus : « *Das Alimentationsprinzip verpflichtet den Dienstherrn, den Beamten und seine Familie lebenslang angemessen zu alimentieren und ihm nach seinem Dienstrang, nach der mit seinem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren (vgl. BVerfGE 8, 1 <14>; 117, 330 <351>; 119, 247 <269>). Im Rahmen dieser Verpflichtung zu einer dem Amt angemessenen Alimentierung hat der Gesetzgeber die Attraktivität des Beamtenverhältnisses für überdurchschnittlich qualifizierte Kräfte, das Ansehen des Amtes in den Augen der Gesellschaft, die vom Amtsinhaber geforderte Ausbildung und seine Beanspruchung zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 44, 249 <265 f.>; 99, 300 <315>; 107, 218 <237>; 114, 258 <288>)* »[27].

Weiter wird berücksichtigt, wie Personen mit vergleichbarer Funktion als Arbeitnehmer bezahlt werden. Unter Rückgriff auf alle diese Kriterien wurde die Besoldung der

---

[25] Alternative Überlegungen zu Beamtentarifen schon bei DÄUBLER WOLFGANG, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, § 20.

[26] Überblick über den aktuellen Stand in Rechtsprechung und Lehre bei HENSCHE Detlef, in : Wolfgang Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 18a ; SCHUBERT CLAUDIA, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), 92-117.

[27] BVerfG 14. 2. 2012 – 2 BvL 4/10 – BVerfGE 130, 263 ff. – Rn 145.

Universitätsprofessoren der Besoldungsgruppe W 2 nach hessischem Landesrecht für verfassungswidrig erklärt[28]. Interesse verdient das Verfahren : Der einzelne Beamte ist berechtigt, im Wege der Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht mit der Begründung anzurufen, der Gesetzgeber habe einen hergebrachten Grundsatz im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG verletzt.

Die Verfahren, wie die Vergütung im Arbeitsrecht und im Beamtenrecht festgelegt wird, sind grundlegend verschieden. Individuellen und kollektiven Vertragsverhandlungen auf der einen Seite steht eine gerichtlich kontrollierte hoheitliche Festsetzung auf der anderen Seite gegenüber.

D. Festlegung der Arbeitszeit

Im Arbeitsrecht werden Dauer und Lage der Arbeitszeit auf unterschiedliche Weise bestimmt.

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG)[29] legt im Interesse des Gesundheitsschutzes bestimmte äußerste Grenzen fest. An sechs Werktagen darf jeweils 8 Stunden gearbeitet werden, was zu einer 48-Stunden-Woche führt. Diese ist allerdings flexibilisiert : An einzelnen Tagen kann bis zu 10 Stunden gearbeitet werden (weshalb eine 60-Stunden-Woche zulässig ist), sofern im Durchschnitt von sechs Monaten der 8-Stunden-Tag und die 48-Stunden-Woche nicht überschritten werden. Tarifliche Festlegungen der Arbeitszeit bleiben weit dahinter zurück. Seit vielen Jahren beträgt die durchschnittliche tarifliche Arbeitszeit 37.7 Stunden[30], wobei es Branchen mit 35 und solche mit 39 Wochenstunden gibt. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes haben in der Regel eine Wochenarbeitszeit von 39 Stunden. In der gewerblichen Wirtschaft wird die Arbeitszeit häufig im Arbeitsvertrag festgelegt, weil kein Tarifvertrag eingreift oder weil dieser eine Öffnung nach oben enthält; die tatsächlich geleistete durchschnittliche Arbeitszeit belief sich im Jahre 2012 auf 41.9 Stunden[31], lag also weit über dem tariflichen Niveau.

Im Beamtenrecht wird mangels vertraglicher Gestaltungsformen die Arbeitszeit durch den Dienstherrn festgelegt. Für die Bundesbeamten beträgt sie auf der Grundlage der Arbeitszeitverordnung[32] 41 Stunden wöchentlich ; schwerbehinderte Beamte sowie

---

28 BVerfG 14. 2. 2012 – 2 BvL 4/10 – BVerfGE 130, 263 ff.

29 Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 6 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.

30 WSI-Report, Arbeitszeiten in Deutschland, November 2014, S. 13, abrufbar unter www.boeckler.de.

31 Nachweise und weitere Angaben bei DÄUBLER, Arbeitsrecht, Rn 585 ff.

32 Arbeitszeitverordnung vom 23. Februar 2006 (BGBl. I S. 427), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 11. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2191).

solche, die ein Kind unter 12 Jahren oder einen pflegebedürftigen Angehörigen zu versorgen haben, können eine Redzierung auf 40 Stunden beantragen, ohne dass deshalb ihr Gehalt gemindert würde. In den meisten Bundesländern beträgt die Arbeitszeit generell 40 Stunden, in Baden-Württemberg wurde sie auf 41 Stunden wöchentlich erhöht. Thüringen hatte ursprünglich 42 Stunden vorgeschrieben, doch ist derzeit als Folge des Regierungswechsels eine Reduzierung auf 40 Stunden vorgesehen[33].

Über diese Grenzen hinausgehende Mehrarbeit von Bundesbeamten wird allein nach Maßgabe der « *Bundesmehrarbeitsvergütungsverordnung* »[34] bezahlt. Anders als ein Arbeitnehmer muss der Beamte fünf Mehrarbeitsstunden im Monat unentgeltlich leisten[35] ; nur die darüber hinausgehenden Stunden kommen für eine Vergütung in Betracht. Voraussetzung ist weiter, dass sie schriftlich angeordnet oder genehmigt wurden und dass sie aus zwingenden dienstlichen Gründen nicht durch Dienstbefreiung innerhalb eines Jahres ausgeglichen werden können[36]. Außerdem müssen sie in bestimmten Teilen des öffentlichen Dienstes wie im Krankenhaus und im Polizeivollzugsdienst anfallen oder aus einem Bereich stammen, in dem bestimmte Richtwerte für die Leistung von Arbeit bestehen[37]. Diese (im Vergleich zum Arbeitsrecht) restriktive Regelung erklärt sich damit, dass ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG besteht, wonach der Beamte dem Dienstherrn seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellen muss. Auch Nebentätigkeiten sind deshalb nur in geringerem Umfang als im privaten Sektor möglich[38].

E. Der Pflichtenstatus

a) Arbeitnehmer

Rechtsprechung und juristische Literatur haben seit nahezu 100 Jahren einzelne Rechte und Pflichten aus der « *Natur* » des Arbeitsverhältnisses abgeleitet. Dieses wurde schon

---

33 Überblick bei http://www.dbb.de/fileadmin/pdfs/2014/140821_wochenarbeitszeit_beamte_bund_laender.pdf.

34 In der Fassung der Bekanntmachung vom 4. November 2009 (BGBl I S. 3701), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 25. 11. 2014 (BGBl I S. 1772).

35 § 3 Abs. 1 Nr. 4 der Verordnung.

36 § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 der Verordnung.

37 § 2 Abs. 1 und 2 der Verordnung.

38 Für Bundesbeamte gilt die Bundesnebentätigkeitsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 1987 (BGBl I S. 2377), zuletzt geändert durch Artikel 15 Absatz 21 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl I S. 160) ; entsprechende Vorschriften bestehen in den Ländern. Zur Zulässigkeit der Nebentätigkeit von Arbeitnehmern s. DÄUBLER WOLFGANG, in : DÄUBLER/BONIN/DEINERT, Anhang Rn. 343 ff.

Ende der Weimarer Zeit als sog. personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis aufgefasst. Danach spielte der Interessengegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern keine Rolle mehr ; der Arbeitnehmer war gewissermaßen nicht mehr Träger eigener Interessen, sondern voll in die « *Betriebsgemeinschaft* » eingepasst. Dies führte zu einer umfassenden Treuepflicht (die zwischen 1934 und 1945, d. h. im Faschismus, sogar ausdrücklich im Gesetz verankert war). Als Spätfolge mag man eine 1972 ergangene BAG-Entscheidung werten, die eine relativ harmlose Kritik am Arbeitgeber für eine Kündigung ausreichen ließ[39]. Im konkreten Fall hatte ein Bankangestellter in seiner Freizeit eine Zeitung verkauft, die die Banken kritisiert, dabei aber nichts Unwahres behauptet hatte.

Die « *Fürsorgepflicht* » des Arbeitgebers wurde zwar im Grundsatz ebenso anerkannt, hatte aber weniger weit reichende Konsequenzen. Sie ging kaum über das hinaus, was eh schon kraft Gesetzes oder Tarifvertrags galt.

Anfang 1985 hat das BAG die Konzeption des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses stillschweigend aufgegeben[40]. Seither betrachtet es das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis : Wie Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter stehen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit unterschiedlichen Interessen gegenüber. Der in § 242 BGB niedergelegte Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben verpflichtet lediglich beide Seiten, aufeinander Rücksicht zu nehmen. Bei der konkreten Bestimmung der Pflichten sind außerdem verfassungsrechtliche Wertentscheidungen zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer z. B. verpflichtet :

- Maschinen und andere Geräte sorgfältig zu bedienen und nicht unnötig viel Material zu verbrauchen. Weiter muss er drohende Schäden möglichst frühzeitig anzeigen ;
- über Betriebsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren ;
- arbeitsbezogene Fragen korrekt zu beantworten, was u. a. dann eine Rolle spielt, wenn der Arbeitgeber versucht, Compliance-Verstöße aufzudecken. Würde sich der Arbeitnehmer damit selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen, kann er allerdings in Anlehnung an § 55 StPO die Aussage verweigern (« *Ich erinnere mich beim besten Willen nicht mehr* ») ;
- dem Arbeitgeber keinen Wettbewerb zu machen. § 60 HGB, der an sich nur für kaufmännische Angestellte gilt, wird von der Rechtsprechung auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt. Endet das Arbeitsverhältnis, so ist der Arbeitnehmer in seiner gewerblichen Betätigung frei. Möglich ist allerdings, ein sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Nach den §§ 74 ff. HGB, die

[39] BAG 28. 9. 1972 – 2 AZR 469/71 – AP Nr. 2 zu § 134 BGB.
[40] BAG 27. 2. 1985 – GS 1/84 – DB 1985, 2197 ff.

gemäß § 110 GewO für alle Arbeitsverhältnisse gelten, darf dieses nicht länger als zwei Jahre dauern und muss für den Arbeitnehmer eine sog. Karenzentschädigung in Höhe des halben Gehaltes vorsehen[41] ;

- auf eine provokatorische parteipolitische Betätigung im Betrieb zu verzichten[42]. Sonstige parteipolitische Betätigung ist erlaubt, bei Personen ohne verstärkten Kündigungsschutz allerdings manchmal riskant, wenn sie sich für eine wenig angesehene politische Partei engagieren.

b) Beamte

Während die Pflichten des Arbeitnehmers im Wesentlichen auf Richterrecht beruhen, sind die Beamtenpflichten gesetzlich geregelt. Im Folgenden sollen aus Gründen der Übersichtlichkeit ausschließlich die Bundesbeamten betrachtet werden.

Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 BBG dienen die Beamten « *dem ganzen Volk, nicht einer Partei* ». Sie haben nach Satz 2 ihre Aufgaben « *unparteiisch und gerecht* » zu erfüllen und bei ihrer Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen. Dies sind Pflichten, die sich unmittelbar aus der Natur des « *Arbeitgebers* » ergeben, mit denen deshalb keine Schlechterstellung gegenüber anderen Beschäftigten verbunden ist.

Beamtenspezifisch ist die Pflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 3 BBG : Beamte müssen sich « *durch ihr gesamtes Verhalten* » zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten. Das « *gesamte Verhalten* » umfasst auch die politische Betätigung in der Freizeit. Ein « *Eintreten* » für sogenannte verfassungsfeindliche, insbesondere kommunistische Organisationen stellte jedenfalls bis 1990 ein Dienstvergehen dar. So wurde durch Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ein beamteter Briefträger aus dem Dienst entfernt, weil er für die DKP zum Bundestag kandidiert hatte ; andere verfassungsfeindliche Aktivitäten wurden ihm nicht zur Last gelegt[43]. Ähnliches widerfuhr beamteten Lehrern. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in dieser Rechtsprechung einen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK erblickt[44]. Angesichts der gewandelten politischen Verhältnisse nach 1990 haben Fälle dieser Art in den vergangenen 25 Jahren praktisch keine Rolle mehr gespielt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dieser spezifische

---

41 Einzelheiten bei DÄUBLER, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 674 ff.

42 BAG 15. 12. 1977 – 3 AZR 184/76 – NJW 1978, 1874.

43 BVerwG 10. 5. 1984 – 1 D 7/83 – BVerwGE 76, 157 = DVBl 1984, 955 – Fall Meister. Zum ähnlichen Fall Peter s. Erwin Siemantel/Hans D. Wohlfahrt (Hrsg.), Der Fall Hans Peter. Entlassung eines « *Verfassungsfeindes* », Köln 1982.

44 EGMR 26. 9. 1995 – 7/1994/454/535 – AuR 1995, 471 ff. – Fall Dorothea Vogt.

Pflichtenstatus des Beamten nicht in anderem Zusammenhang wieder praktische Bedeutung gewinnen kann.

Nach § 60 Abs. 2 BBG haben Beamte bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergeben. Damit ist innerhalb des verfassungskonformen Spektrums eine Vorgabe für die Form, nicht jedoch für die Inhalte von Meinungsäußerungen gemacht, die es so bei Arbeitnehmern nicht gibt.

Nach § 61 Abs. 1 Satz 1 BBG haben sich die Beamten « *mit vollem persönlichem Einsatz* » ihrem Beruf zu widmen, was u. a. Grundlage für die Pflicht zu (unentgeltlichen) Überstunden darstellt. Weiter sind sie nach § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG verpflichtet, durch ihr innerdienstliches wie durch ihr außerdienstliches Verhalten « *der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die ihr Beruf erfordert* ». Der darin zum Ausdruck kommende Grundsatz des « *achtungswürdigen Verhaltens* » kann ein Einfallstor für die Reglementierung des Privatlebens sein. Lange Zeit wurde beispielsweise der Ehebruch von der Rechtsprechung als Dienstvergehen behandelt[45], doch hat sich hier allmählich ein vorsichtiger Wandel vollzogen[46]. Aus einer anderen Welt scheint eine Entscheidung des Bundesdisziplinarhofs aus den 1960-er Jahren zu stammen : Bei « *sittlich anstößigem Verhalten seiner Ehefrau* » müsse sich ein Beamter von ihr trennen oder, wenn dieser Weg ihm nicht gangbar erscheine, müsse er aus dem Beamtenverhältnis ausscheiden[47]. Auch wenn heute nicht mehr mit solchen Urteilen zu rechnen ist, bleibt die Gefahr, dass das Gebot zum « *achtungswürdigen Verhalten* » als Mittel benutzt wird, um unerwünschtes innerdienstliches wie außerdienstliches Verhalten zu unterbinden. Entsprechende Verpflichtungen werden Arbeitnehmern nicht auferlegt.

Nach § 62 Abs. 1 Satz 2 BBG sind Beamte verpflichtet, dienstliche Anordnungen ihrer Vorgesetzten zu befolgen. Diese sog. Folgepflicht, die früher Gehorsamspflicht genannt wurde, wird durch die sog. Remonstrationspflicht ergänzt. Hat der Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen, so muss er sie unverzüglich gegenüber seinem Vorgesetzten geltend machen. Teilt dieser die Bedenken nicht, bleibt jedoch der Beamte bei seiner Überzeugung, so muss er sich an den nächst höheren Vorgesetzten wenden. Bestätigt dieser die bisher von der « *Hierarchie* » eingenommene Position, so muss der Beamte die Anordnung befolgen, ist jedoch von persönlicher Verantwortung frei (§ 63 Abs. 2 Satz 3 BBG).

---

45 OVG Münster ZBR 1965, 210.

46 BVerwG 9. 12. 1971 – II WD 38.71 – BVerwGE 43, 293 f. ; BVerwG 9. 8. 1973 – II WD 16.73 - BVerwGE 46, 146 ff. (bei Soldaten wird das Eindringen in die Ehe eines Kameraden immer noch als Dienstvergehen angesehen).

47 BDH (= Bundesdisziplinarhof) 7. 2. 1958 – I D 97/55 – BDHE 4, 48, 51.

F. Sozialversicherung

Arbeitnehmer werden automatisch durch die Sozialversicherung erfasst. Sie sind auf diese Weise gegen die Lebensrisiken Unfall, Krankheit, Invalidität, Pflegebedürftigkeit, Alter (einschließlich Hinterbliebenenversorgung) und Arbeitslosigkeit versichert. Die Beiträge werden in der Regel je zur Hälfte von der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite getragen. Eine Ausnahme stellt die Unfallversicherung dar, die allein von Beiträgen der Arbeitgeber gespeist wird, doch sind diese zugleich von jeder Haftung befreit[48]. Auf der anderen Seite ist der Beitragsanteil der Arbeitgeberseite an der Krankenversicherung « *eingefroren* », so dass Erhöhungen allein zu Lasten der Arbeitnehmer gehen und die « *Parität* » durchbrochen wird.

Beamte sind demgegenüber nicht in die Sozialversicherung einbezogen. Das Lebensrisiko « *Krankheit* » wird dadurch abgedeckt, dass das Entgelt fortbezahlt und ein großer Teil der Krankheitskosten als « *Beihilfe* » vom Dienstherrn erstattet wird. Für den nicht abgedeckten Teil von ca. 30 % der Kosten muss der Beamte eine private Krankenversicherung abschließen ; die Beiträge sind von ihm selbst zu tragen. Dieses System hat zur Folge, dass der Beamte bei der ärztlichen Versorgung und im Krankenhaus als « *Privatpatient* » behandelt wird, der selbst bezahlt, was zu einer erheblichen faktischen Besserstellung gegenüber den « *Kassenpatienten* » führen kann.

Bei Erreichen der Altersgrenze erhält der Beamte vom Dienstherrn eine Pension. Diese liegt normalerweise erheblich höher als die Rente aus der Sozialversicherung.

Bei längerer Krankheit wird der Beamte ggf. in den Ruhestand versetzt. Dies ist nach § 44 Abs. 1 Satz 1 BBG bereits dann möglich, wenn er innerhalb von sechs Monaten drei Monate lang wegen Krankheit keinen Dienst getan hat und keine Aussicht besteht, dass innerhalb von weiteren sechs Monaten die Dienstfähigkeit wieder voll hergestellt wird. Die Versetzung in den Ruhestand scheidet dann aus, wenn der Beamte auf einem anderen Dienstposten weiter arbeiten kann ; Einzelheiten sind in § 44 BBG geregelt. Wird der in den Ruhestand versetzte Beamte wieder gesund (das Gesetz sagt genauer : « *dienstfähig* »), kann er erneut zum (aktiven) Beamten ernannt werden.

In den seltenen Fällen der Entfernung aus dem Dienst wegen schwerer disziplinarischer Vergehen muss der Beamte bei der gesetzlichen Rentenversicherung "nachversichert" werden. Dasselbe gilt dann, wenn der Beamte auf Antrag aus dem Beamtenverhältnis entlassen wird, eine Möglichkeit, die ihm nach § 33 BBG immer offen steht. Die Beiträge werden für die Vergangenheit so berechnet, als wäre der Betroffene von vorne herein als

[48] Eine Ausnahme gilt nur bei vorsätzlicher Schädigung durch einen Arbeitgeber, was aber in der Praxis so gut wie gar nicht vorkommt.

Arbeitnehmer tätig gewesen, und sind allein vom Dienstherrn zu bezahlen. Ein Beitritt zur Arbeitslosenversicherung ist nicht vorgesehen.

G. Rechtsweg

Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern werden durch die Arbeitsgerichte entschieden. Die einzelne Kammer, die über eine Klage entscheidet, besteht aus einem Berufsrichter, einem ehrenamtlichen Richter der Arbeitgeber- und einem ehrenamtlichen Richter der Arbeitnehmerseite. In der Berufungsinstanz – dem Landesarbeitsgericht – sind die Kammern in gleicher Weise zusammengesetzt. Erst beim Bundesarbeitsgericht sind die Berufsrichter in der Mehrheit. Der einzelne Senat entscheidet in der Zusammensetzung mit drei Berufsrichtern, einem Arbeitnehmer- und einem Arbeitgebervertreter.

Streitigkeiten zwischen dem Beamten und dem Dienstherrn werden nach §§ 126 BBG, 84 BeamtStG von den Verwaltungsgerichten entschieden. Die dort tätigen Kammern bestehen nach § 5 Abs 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)[49] aus drei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern, die jedoch nicht von Gewerkschaften oder öffentlichen Arbeitgebern benannt sind. Weniger wichtige Streitigkeiten können nach Maßgabe des § 6 VwGO dem Einzelrichter überlassen werden. Berufungsinstanz ist das Oberwaltungsgericht (in Süddeutschland « *Verwaltungsgerichtshof* » genannt), dessen Senate aus drei Berufsrichtern bestehen ; das Landesrecht kann das Hinzutreten von zwei ehrenamtlichen Richtern vorsehen (§ 9 Abs. 3 VwGO). Das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsinstanz entscheidet in der Besetzung mit fünf Berufsrichtern pro Senat (§ 10 Abs. 3 VwGO).

Geht es um eine (angebliche) Pflichtverletzung des Beamten, findet ein Disziplinarverfahren statt, das vom Dienstvorgesetzten eingeleitet wird. Bei weniger gravierenden Fällen wird ein Verwaltungsakt, z. B. ein « *Verweis* » erlassen, den der Beamte beim Verwaltungsgericht anfechten kann. In schwereren Fällen wird von vorne herein das Verwaltungsgericht eingeschaltet ; dies gilt insbesondere dann, wenn eine Entfernung aus dem Dienst in Betracht kommt. Das Verfahren ist weitgehend dem Strafverfahren nachgebildet. In der « *Disziplinarkammer* », die beim Verwaltungsgericht für diese Fälle gebildet wird (auch « *Disziplinargericht* » genannt) und die den Einzelfall entscheidet, sind nach § 46 Abs. 1 BDG neben drei Berufsrichtern zwei Beamte als ehrenamtliche Richter tätig.

---

[49] Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2490) geändert worden ist.

III. Aktuelle und potentielle künftige Übereinstimmungen zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht

A. Einheitliche gesetzliche Regelungen

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)[50], das entgegen seiner Bezeichnung ein Antidiskriminierungsgesetz ist, findet nach seinem § 6 Abs. 1 u. a. auf alle Arbeitnehmer Anwendung. Durch § 24 Nr. 1 AGG werden auch sämtliche Beamten einbezogen, doch ist dabei ihre « *besondere Rechtsstellung* » zu berücksichtigen. Wesentliche Abweichungen sind nicht ersichtlich.

Das Bundesdatenschutzgesetz[51] ist nach seinem § 3 Abs. 11 auf alle Beschäftigten anwendbar, zu denen nach § 3 Abs. 11 Nr. 1 die Arbeitnehmer und nach § 3 Abs. 11 Nr. 8 die Beamten des Bundes gehören. Für Landesbeamte gelten die Landesdatenschutzgesetze. Die für Arbeitnehmer Sondervorschrift des § 32 BDSG wird durch § 12 Abs. 4 BDSG auf sämtliche Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, also auch auf die Beamten erstreckt. In den §§ 106-115 BBG findet sich eine Sonderregelung zum Personalaktenrecht der Bundesbeamten.

B. Die Anwendung des Art. 11 EMRK auf Beamte

Art. 11 EMRK enthält in seinem Absatz 1 das Recht aller Menschen, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten. Der EGMR hat in zwei neueren Entscheidungen den Standpunkt entwickelt, Art. 11 EMRK umfasse auch das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen und die Durchführung von Streiks[52]. In der Folgezeit hat er dies verschiedentlich bestätigt[53]. Im vorliegenden Zusammenhang ist von besonderem Interesse, dass sich diese Aussagen auf türkische Beamte und ihre Gewerkschaften bezogen ; die Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 11 Abs. 2 EMRK würden jedenfalls kein Streikverbot für jene Beamten ermöglichen, die wie z. B. Lehrer

---

50 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. 8. 2006 (BGBl I S. 1897), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. 4. 2013 (BGBl I S. 610).

51 Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl I S. 66), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. 2. 2015 (BGBl I S. 162).

52 EGMR 12. 11. 2008 – 34503/97 – AuR 2009, 269 – Demir und Baykara, und EGMR 21. 4. 2009 – 68959/01 – AuR 2009, 274 – Enerji Yapi-Yol Sen.

53 EGMR 2. 10. 2014 – 48408/12 – AuR 2015, 140 – Tymoshenko ; EGMR 27. 11. 2014 – 36701/09 – AuR 2015, 146 – Hrvatski Lijecnicki Sindicat.

keine hoheitliche Tätigkeit ausüben. Damit müssten für bestimmte deutsche Beamtengruppen gleichfalls Tarifverträge möglich sein, die auch erstreikt werden können.

Die Rechtsprechung des EGMR ist auch von innerstaatlicher Bedeutung. Das Grundgesetz ist ebenso wie das Beamtenrecht « *konventionskonform* » zu interpretieren[54]. Dies müsste an sich zur Folge haben, dass das hergebrachte Streikverbot nicht mehr im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG « *zu berücksichtigen* » ist[55]. Das VG Düsseldorf[56] konnte sich diesem Standpunkt jedoch nicht anschließen und ging einen etwas anderen Weg : Das Streikverbot als solches bleibe als « *eindeutig* » bestehen, doch könne die Ermächtigung zur Verhängung von Disziplinarsanktionen in der Weise konventionskonform ausgelegt werden, dass keine Sanktionen möglich seien. Dies führt zu einem pragmatischen Ergebnis, das man mit den Worten umschreiben kann : « *Beamte dürfen nicht streiken, aber wenn sie es dennoch tun, passiert nichts* ». Das OVG Münster[57] hat diese Entscheidung jedoch aufgehoben und ist zu einer denkbar konservativen Position zurückgekehrt, die das Streikverbot auch gegenüber völkerrechtlichen Einflüssen immunisiert[58]. Die Revision gegen dieses Urteil musste mit Hilfe einer Nichtzulassungsbeschwerde erstritten werden[59]. Das BVerwG[60] vertrat die Auffassung, bei Beamten, die wie z. B. Lehrer keine hoheitlichen Aufgaben zu erfüllen hätten, liege ein Widerspruch zwischen der EMRK und dem GG vor, den nur der Gesetzgeber auflösen könne. Bei der gesetzlichen Festlegung der Besoldung müsse allerdings die Gehaltsentwicklung der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes verstärkt berücksichtigt werden. Dagegen hat die betroffene Lehrerin Verfassungsbeschwerde eingelegt, über die das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden hat. Möglicherweise wird eine Endentscheidung erst beim EGMR in Straßburg fallen[61].

Der EGMR hat sich außerdem – wie erwähnt – für die Existenz von Kollektivvereinbarungen ausgesprochen. Auch wenn diese nicht notwendigerweise die Form eines Tarifvertrags nach dem TVG annehmen müssen[62], reichern sie doch das Beamtenrecht mit einem wichtigen vertraglichen Element an. Würde das Beamtenrecht effektiv im Sinne der Rechtsprechung des EGMR geändert, wäre damit eine erhebliche Annäherung an das Arbeitsrecht verbunden : Zwei seiner zentralen Elemente –

54 BVerfG 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.
55 So im Ergebnis VG Kassel, 27. 7. 2011 – 28 K 1208/10.KS.D - AuR 2012, 36 mit Anm. Buschmann.
56 15.12.2010 – 31 K 3904/10.0 - AuR 2011, 74 mit Anm. Löber.
57 07.03.2012 – 3d A 317/11.O – NVwZ 2012, 890 = ZBR 2012, 170.
58 Dazu DÄUBLER, Finales Denken, S. 275 ff.
59 BVerwG 2. 1. 2013 – 2 B 46/12 – AuR 2013, 104.
60 27.02.2014 – 2 C 1/13 – AuR 2014, 431 ff. = NZA 2014, 616.
61 Vgl. KUTSCHA, S. 408.
62 Näher DÄUBLER (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz (TVG), Einl. Rn. 161a, 886a ff.

Tarifvertrag und Streik – würden in das einseitig-hoheitlich strukturierte Beamtenrecht eingefügt, was voraussichtlich weitere Annäherungen zur Folge hätte. Das Bundesverwaltungsgericht will dafür jedoch seine Hand nicht reichen. Die Verweisung auf den Gesetzgeber läuft in der Sache auf ein definitives « *Nein* » zur Annäherung hinaus. Unter den gegebenen politischen Umständen ist es denkbar unwahrscheinlich, dass die für eine Änderung des Art. 33 Abs. 5 GG erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat zustande kommt. Art. 29 Abs. 1 der hessischen Verfassung vom 11.12.1946[63], wonach für Arbeiter, Angestellte und Beamte « *ein einheitliches Arbeitsrecht* » zu schaffen sei, stammt ersichtlich aus einer anderen Zeit[64].

C. Annäherungen innerhalb des öffentlichen Dienstes ?

Arbeitsrecht und Beamtenrecht zeigen ersichtlich nur wenige Annäherungstendenzen. Eine Ausnahme bilden insoweit die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, die einige beamtenrechtliche Elemente übernommen haben.

Das Arbeitsverhältnis der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer genießt einen höheren Bestandsschutz als Arbeitsverhältnisse in der Privatwirtschaft. Nach § 34 Abs. 2 TVöD/TV-L[65] kann derjenige, der das 40. Lebensjahr vollendet hat und mehr als 15 Jahre im öffentlichen Dienst beschäftigt war, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, weshalb man (etwas ungenau) von « *Unkündbarkeit* » spricht. Die Vorgängervorschriften der §§ 53, 55 BAT[66] gingen noch weiter und beschränkten auch die außerordentliche Kündigung : Dringende betriebliche Notwendigkeiten konnten zwar zu einer Änderungskündigung mit dem Ziel der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe führen, nicht aber zu einer Beendigungskündigung, auch wenn die fragliche Person über viele Jahre hinweg nicht mehr beschäftigt werden konnte. Davon machte das BAG nur für Extremfälle eine Ausnahme, in denen die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers aufs schwerste gefährdet wäre ; als Beispiel nannte es eine private Forschungseinrichtung, die sich zu 100 % aus Drittmitteln finanziert und die deshalb nicht in der Lage ist, einen unkündbaren

63 Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl), S. 229.

64 Ähnlich Art. 50 Abs. 1 der Bremischen Verfassung vom 21.10.1947 : « *Für alle Personen in Betrieben und Behörden ist ein neues soziales Arbeitsrecht zu schaffen* ».

65 Die Vorschriften des Tarifvertrages für den Öffentlichen Dienst (TVöD) gelten für die Beschäftigten des Bundes und der Gemeinden, die des TV-L für die bei den Ländern beschäftigten Arbeitnehmer. § 34 Abs. 2 ist in beiden Tarifverträgen wortidentisch.

66 Bundesangestelltentarifvetrag (BAT) vom 23. Februar 1961, zuletzt geändert durch den 77. Änderungstarifvertrag vom 29. Oktober 2001 und den EuroTV vom 30. Oktober 2001.

Forscher ohne Einsatzmöglichkeit weiterzubeschäftigen[67]. Der Abstand zum Lebenszeitprinzip des Beamten war (und ist) durch diese Regelungen deutlich geringer geworden, war jedoch auch unter dem BAT nicht völlig aufgehoben.

Weiter waren (und sind) Annäherungen an den Pflichtenstatus des Beamten zu verzeichnen. Nach § 8 BAT musste sich der Angestellte des öffentlichen Dienstes so verhalten, « *wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird* ». Dieselbe Vorschrift verpflichtete den Arbeitnehmer, sich durch sein « *gesamtes Verhalten* » zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu bekennen. Anders als im Beamtenrecht hatte diese Verpflichtung aber nicht für alle Angestellten denselben Inhalt ; vielmehr differenzierte das BAG je nach Bedeutung und Funktion der ausgeübten Tätigkeit[68]. Danach sind zwar an einen Vertragslehrer dieselben Anforderungen wie an einen beamteten Lehrer zu stellen, doch stellt sich die Situation bei technischen Angestellten und bei Schreibkräften anders dar. In den heute geltenden Tarifverträgen fehlt eine dem § 8 BAT entsprechende Vorschrift. Im « *Besonderen Teil Verwaltung* » (BT-V) zum TVöD findet sich jedoch eine ähnliche Bestimmung für Personen, die bei einem Träger hoheitlicher Gewalt wie dem Bund beschäftigt sind[69].

Andere « *Anleihen* » an das Beamtenrecht wie die Gewährung von Beihilfen im Krankheitsfall oder der Bewährungsaufstieg bei längerer beanstandungsfreier Tätigkeit sind mit Rücksicht auf die Knappheit der öffentlichen Mittel abgeschafft worden.

D. Die einheitliche Interessenvertretung für den öffentlichen Dienst

Das Betriebsrätegesetz von 1920 hatte die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes in seine Regelungen einbezogen ; Beamte wurden in bestimmten Bereichen wie der Reichsbahn durch interne Richtlinien gleichgestellt. Das Kontrollratsgesetz Nr. 22[70] ließ die Bildung von Betriebsräten im Privatsektor wie im gesamten öffentlichen Dienst

---

67 BAG 27.06.2002 – 2 AZR 367/01 – AP Nr. 4 zu § 55 BAT.

68 BAG 31. 3. 1976 – 5 AZR 104/74 – NJW 1976, 1708, bestätigt in BAG 7. 3. 1980 – 7 AZR 177/78 - DB 1980, 1500 und BAG 5. 3. 1980 – 5 AZR 604/78 – DB 1980, 1752 sowie zuletzt BAG 13.10.1988 – 6 AZR 144/85 – NZA 1989, 716.

69 § 41 Satz 2 TVöD BT-V : « *Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen* ».

70 V. 10.4.1946, abgedruckt u. a. bei HEMKEN RUTH, Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle und Direktiven, Stuttgart 1946 ff.

zu und nahm insoweit keine Differenzierungen vor. Erst das Betriebsverfassungsgesetz 1952 klammerte gegen den Willen der Gewerkschaften den öffentlichen Dienst aus, der dann durch das Bundespersonalvertretungsgesetz von 1955 eine Sonderregelung erfuhr. Bis heute existieren in der Privatwirtschaft Betriebsräte und im öffentlichen Dienst Personalräte, ohne dass diese Trennung derzeit noch von relevanten Kräften in Frage gestellt würde. In vielem entsprechen sich Betriebsräte und Personalräte, doch existiert eine Reihe von nicht unwichtigen Abweichungen :

- Das Personalvertretungsrecht ist in Bund und Ländern nicht einheitlich geregelt. Während im Bereich der Bundesverwaltung das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)[71] aus dem Jahre 1974 gilt, bestimmte sich das Personalvertretungsrecht der Länder nach den Rahmenvorschriften der §§ 94 ff. BPersVG und nach den jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetzen. Diese sind sehr unterschiedlich, zumal der Bund seit der Föderalismusreform 2006 keine inhaltlichen Vorgaben mehr machen kann ; die früheren Rahmenvorschriften der §§ 94 ff. BPersVG sind aufgehoben worden.
- Der allgemeine Handlungsrahmen des Personalrats wird noch stärker als der des Betriebsrats durch den Gedanken der Sozialpartnerschaft bestimmt. Die Friedenspflicht erstreckt sich beispielsweise nach § 66 Abs. 2 Satz 1 BPersVG auf alle Handlungen, die « *geeignet* » sind, die Arbeit und den Frieden der Dienststelle zu beeinträchtigen, während § 74 Abs. 2 BetrVG[72] lediglich « *Beeinträchtigungen* » verbietet. Nach § 10 BPersVG besteht eine universelle Geheimhaltungspflicht : Der Personalrat hat über alle ihm in amtlicher Eigenschaft bekannt gewordenen Angelegenheiten und Tatsachen Stillschweigen zu bewahren, wobei lediglich bei offenkundigen und bei solchen Tatsachen eine Ausnahme gemacht wird, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Im Gegensatz dazu hat der Betriebsrat nur Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse zu wahren, die vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet wurden.
- Die Wahl des Personalrats findet grundsätzlich nach dem Gruppenprinzip statt: Die Arbeitnehmer wählen Arbeitnehmervertreter, die Beamten wählen Beamtenvertreter. Eine Gemeinschaftswahl ist möglich, doch muss sich in einer Vorabstimmung die Mehrheit aller Wahlberechtigten beider Gruppen dafür aussprechen.

---

71 Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974 (BGBl. I S. 693), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes vom 3. Juli 2013 (BGBl. I S. 1978) geändert worden ist.

72 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868) geändert worden ist.

- Die Gewerkschaften haben weniger Einfluss auf die Personalratstätigkeit als im BetrVG[73]. Dies gilt insbesondere für die Kontrollrechte gegenüber dem Gegenspieler des Personalrats. Während eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft nach den §§ 23 Abs. 3, 119, 121 BetrVG beim zuständigen Gericht beantragen kann, dass Verstöße des Arbeitgebers gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten mit Zwangsgeld, Geldbußen oder Strafen geahndet werden, ist Vergleichbares im Personalvertretungsrecht nicht vorgesehen. Dem Gesetzgeber genügte es ersichtlich, dass der Dienststellenleiter an das geltende Recht gebunden ist und notfalls die Möglichkeit einer Dienstbeschwerde besteht. Weiter ist zu beachten, dass § 3 BPersVG jede tarifliche Veränderung der Personalvertretung, insbesondere jede Erweiterung der Personalratsbefugnisse aussdrücklich ausschließt.
- Die Mitbestimmungsrechte des Personalrats nach dem BPersVG reichen aufs Ganze gesehen weniger weit als die des Betriebsrats. Von ihrem Gegenstand her erscheinen sie zwar recht umfassend und beziehen auch Bereiche ein, die wie die Errichtung von Sozialeinrichtungen und die Gestaltung der Arbeitsplätze nicht der Mitentscheidung durch den Betriebsrat unterliegen, doch hat das « *Mitbestimmungsrecht* » als solches im Bereich der Personalvertretung eine geringere Qualität[74] : Zum einen ist die in der Betriebsverfassung grundsätzlich bestehende Verknüpfung von Mitbestimmungs- und Initiativrecht gelöst ; nach § 70 Abs. 1 BPersVG kann der Personalrat lediglich in bestimmten Fällen (§ 75 Abs. 3 Nr. 1–6 und 11–17 BPersVG) eigene Vorschläge mit Hilfe der Einigungsstelle durchsetzen. Zum Zweiten zeichnet sich das System der Personalvertretung durch ein hohes Maß an Zentralisierung aus. Dem in der Regel dreigliedrigen Verwaltungsaufbau (z.B. Finanzamt, Oberfinanzdirektion, Bundesministerium der Finanzen) entspricht die Bildung eines Personalrats bei der untersten Ebene, eines Bezirkspersonalrats bei der Mittelbehörde und eines Hauptpersonalrats bei der obersten Dienstbehörde (§ 53 BPersVG). Werden nun bestimmte der Mitbestimmung unterliegende Angelegenheiten auf zentraler oder auf mittlerer Ebene entschieden, so sind allein die dort gebildeten Personalvertretungen zuständig (§ 82 BPersVG). Obwohl sie von allen Beschäftigten der nachgeordneten Dienststellen direkt gewählt werden, besteht die Gefahr, dass in relativer « *Basisferne* » über die Köpfe der Betroffenen hinweg « *mitbestimmt* » wird. Dazu kommt, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, jederzeit bestimmte Angelegenheiten auf die zentrale Ebene zu verlagern und so « *aufmüpfige* » Personalräte der unteren Ebene « *auszutrocknen* ». Die

[73] Siehe die Zusammenfassung bei DÄUBLER, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, § 27.

[74] Dazu eingehend DAMMANN, S. 171-180, und LEMCKE, S. 10-12. Zur These, die Mitbestimmung sei Teilhabe an Staatsgewalt, siehe PLANDER, S. 855-878.

Einschaltung der Zentrale ist auch in anderen Fällen sichergestellt : Einigen sich Personalrat und Dienststellenleiter nicht über eine bestimmte mitbestimmungspflichtige Angelegenheit, so wird diese unter Wahrung bestimmter Fristen der Mittelbehörde vorgelegt. Diese versucht dann, mit dem Bezirkspersonalrat eine Einigung zu erreichen. Gelingt dies nicht, so werden die oberste Dienstbehörde und der Hauptpersonalrat eingeschaltet ; erst wenn auch sie keinen Kompromiss finden, liegt die Endentscheidung in der Hand der paritätisch (und mit neutralem Vorsitzenden) besetzten Einigungsstelle[75]. Dies wirkt sich insbesondere zum Nachteil konfliktorisch orientierter Einzelpersonalräte aus, deren Anliegen ungleich schwerer als die eines entsprechenden Betriebsrats durchzusetzen sind. Zum Dritten stellt die « *Mitbestimmung* » in allen personellen Angelegenheiten der Beamten in Wahrheit eine bloße Mitwirkung dar, da die Einigungsstelle nach § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG in diesen Fällen nur eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde beschließen kann. Mit Rücksicht auf das Demokratieprinzip hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz[76] diese Regelung verallgemeinert ; sobald die Mitbestimmung nicht nur rein innerdienstliche Angelegenheiten, sondern auch die Amtsausübung betrifft, muss die Letztentscheidungsbefugnis der Exekutivspitze erhalten bleiben.

- Über Streitigkeiten zwischen Personalrat und Dienststellenleitung entscheidet nach §§ 83, 84 BPersVG das Verwaltungsgericht, während Betriebsrat und Arbeitgeber die Arbeitsgerichte anrufen können. Die Verwaltungsgerichte haben zwar nach § 83 Abs. 2 BPersVG die Regeln über das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren anzuwenden, doch besteht gleichwohl die Gefahr, dass die Personalratsbefugnisse enger als entsprechende Rechte des Betriebsrats ausgelegt werden. So kann sich etwa der Betriebsrat frei im Betrieb bewegen, während der Personalrat nur mit Einverständnis des Dienststellenleiters einzelne Beschäftigte an ihrem Arbeitsplatz aufsuchen darf[77].

E. Weshalb keine Annäherung ?

Blickt man von außen auf Deutschland, so mag Verwunderung aufkommen, weshalb sich das Beamtenrecht so wenig gewandelt hat und eine Annäherung an das Arbeitsrecht in weiter Ferne liegt.

---

[75] § 71 BPersVG.

[76] BVerfG 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37 = DB 1995, 2174.

[77] BVerwG 09.03.1990 – 6 P 15/88 – PersR 1990, 177 : Einvernehmen des Dienststellenleiters erforderlich, das allerdings nur aus « *triftigen* » Gründen verweigert werden darf.

Ein Grund liegt sicherlich in der rechtlichen Absicherung der Trennung durch die Verfassung selbst und durch die sich über Jahrzehnte entwickelnde Rechtsprechung. Hier wesentliche Änderungen vorzunehmen und eine Verfassungsänderung durchzusetzen, würde einen enormen politischen Kraftakt voraussetzen.

Die Beamten sind – und das ist der zweite Grund – heute noch weniger als in der Vergangenheit an einer grundlegenden Änderung interessiert. In Zeiten der Vollbeschäftigung mag die Arbeitsplatzsicherheit keine hohe Priorität genießen ; in Zeiten der (wenn auch geringer gewordenen) Massenarbeitslosigkeit ist das Lebenszeitprinzip ein außerordentlich hohes Gut. Dazu kommt die bessere soziale Absicherung bei Krankheit und im Alter – sie würde mit hinreichender Sicherheit bei einer Einbeziehung in die Sozialversicherung verloren gehen. Die weitgehenden Pflichten schlagen sich im Alltagsleben vieler Beamten nicht nieder ; wer sich nicht exponiert, hat nichts zu befürchten. Das Fehlen von Tarifverträgen und Streikrecht ist so lange hinnehmbar, wie entweder die Tarifabschlüsse für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes automatisch übernommen werden oder durch die gerichtliche Handhabung des Alimentationsprinzips ein gewisses Äquivalent geschaffen wird. Kleinere Benachteiligungen bei der Arbeitszeit sowie die beschränkte Mitbestimmung des Personalrats fallen nicht so sehr ins Gewicht, dass sie dauerhafte Unzufriedenheit auslösen würden.

Die relativ privilegierte Situation von Beamten wird von vielen Entscheidungsträgern – und das ist der dritte Grund – als Voraussetzung dafür gesehen, dass Beamte die bestehende Ordnung mit Überzeugung akzeptieren und den Status quo gegen Angriffe aller Art verteidigen. Die Privilegien sind überdies einigermaßen finanzierbar, weil die Zahl der erfassten Personen durch die Privatisierung insbesondere von Post und Bahn eher zurückgeht und so in Zukunft nur ein « *Kernbereich* » übrig bleiben wird.

Für die weitere Diskussion in Deutschland wird es von großer Bedeutung sein, die Gründe zu kennen und zu bewerten, weshalb sich in Ländern wie der Schweiz ein Annäherungsprozess vollzieht.

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BATTIS ULRICH, Bundesbeamtengesetz (BBG), Kommentar, 4. Aufl., München 2009.

DÄUBLER WOLFGANG, Arbeitsrecht, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2015 ; zitiert : DÄUBLER, Arbeitsrecht.

DÄUBLER WOLFGANG, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009 ; zitiert : DÄUBLER, Das Arbeitrecht.

DÄUBLER WOLFGANG, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971.

DÄUBLER WOLFGANG, Finales Denken – die Argumentation des OVG Münster zur Verteidigung des Streikverbots für Beamte, in : Wolfgang Däubler/Reingard Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht : Festschrift für Klaus Lörcher, Baden-Baden 2014, S. 273-282.

DÄUBLER WOLFGANG, Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb – deutsche Erfahrungen, AJP/PJA n° 11-2014, S. 1441-1447.

DÄUBLER WOLFGANG, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl., Baden-Baden 2010 ; zitiert : DÄUBLER, Gewerkschaftsrechte im Betrieb.

DÄUBLER WOLFGANG (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz (TVG), mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.

DÄUBLER WOLFGANG/BONIN BIRGER/DEINERT OLAF, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2014.

DÄUBLER WOLFGANG/DEINERT OLAF, in : Michael Kittner/Wolfgang Däubler/Bertram Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2014, Erläuterungen zu § 1 KSchG.

DAMMANN KLAUS, Vierzig ungeschriebene Mitbestimmungsschranken im öffentlichen Dienst, Arbeit und Recht (AuR), 1988, S. 171-180.

KREUDER THOMAS, in : Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, § 611 BGB.

KUTSCHA MARTIN, Beamtenrechtsdogma und Menschenrechte – der Spagat des BVerwG, Arbeit und Recht (AuR) 2014, S. 408-411.

LEMCKE MARTIN, Die schleichende Einschränkung der Personalratsrechte durch das Bundesverwaltungsgericht, Der Personalrat (PersR) 1986, S. 10-11.

OETKER HARTMUT, in : Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016, Erläuterungen zu § 1 KSchG.

PLANDER HARRO, Personalräte und Betriebsräte in Einrichtungen der öffentlichen Hand : Teilhabe an der Ausübung von Staatsgewalt ?, in : Meinhard Heinze/Alfred Söllner (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung – Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München, 1994, S. 855-878.

PREIS ULRICH, in : Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016, § 611 BGB.

ALEXANDER DE BECKER

La situation juridique des fonctionnaires et du personnel contractuel dans le secteur public en Belgique : quelle unité dans la diversité ?

Sommaire

	Page
I. Introduction	328
II. Le cadre institutionnel belge	328
A. La Belgique : un Etat fédéral	328
1. Le cadre constitutionnel	328
2. La situation juridique du personnel des Communautés et des Régions	329
3. La situation juridique du personnel des Provinces et des Communes	331
B. Grands principes de fonction publique belge : une différence entre le régime statutaire et le régime contractuel	332
1. Le principe de l'engagement statutaire	332
2. La distinction entre théorie et pratique	334
C. Les différences entre le régime statutaire et le régime contractuel	334
1. L'application du principe d'égalité	335
2. Le dévéloppement de la carrière	336
3. Les principes généraux de droit administratif	336
4. Les relations collectives de travail dans le secteur public belge	337
5. Le régime disciplinaire et les pensions	339
a) Le régime disciplinaire	339
b) Les pensions	340
D. Les rapprochements des situations statutaires et contractuelles	340
1. L'influence de l'UE	340
2. La lutte contre la discrimination	341
3. Le harcèlement au travail	342
4. Deux autres exemples : la loi concernant la protection de la rémunération et la loi sur le bien-être au travail	344
5. Résumé des rapprochements	344
E. Conclusion	345
III. Bibliographie	346

I. Introduction

Je me sens très honoré de pouvoir contribuer à cet ouvrage. Depuis longtemps, des études comparées et appronfondies concernant le droit de la fonction publique dans des pays différents sont largement ignorées. Cette initiative à la recherche des convergences dans des différents pays de l'Europe montre très bien qu'une évolution commune est en train de prendre place. Dans chaque Etat étudié, nous verrons une évolution vers l'utilisation plus fréquente de mécanismes du droit privé. Le droit comparé de la fonction publique reste un sujet largement ignoré qui devrait être établi dans les années à suivre. J'espère que cette initiative puisse avoir des successeurs. Une étude fouillée du droit de la fonction publique en dehors des frontières nationales constitue un nouvel atout dans le domaine du droit comparé. Il faut souligner que quelques principes communs peuvent être déduits de cette recherche. Ces résultats devraient nous guider à approfondir l'étude comparée du droit de la fonction publique.

La présente contribution se limite à une analyse de la situation en Belgique. Elle se focalise donc uniquement sur le droit de fonction publique belge. La fonction publique belge est une maison avec de nombreuses chambres. Afin de comprendre les nuances dans le cadre institutionnel, cette contribution entame avec un exposé du droit institutionnel belge (*infra*, II., A). Afin de mettre en évidence les grandes lignes de conduite de la fonction publique belge, les élements constitutifs du droit de fonction publique, à leurs différents niveaux, seront étudiés (*infra*, II., B). Les divergences qui existent entre le droit des fonctionnaires et le droit des contractuels dans le secteur public seront ensuite analysées (*infra*, II., C.), tout comme les convergences entre ces deux régimes, qui résultent, en grande partie, de la croissance du nombre de contractuels dans le secteur public (*infra*, II., D).

II. Le cadre institutionnel belge

Afin de comprendre le droit de fonction publique belge, il faut d'abord exposer quelques éléments du droit constitutionnel.

A. La Belgique : un Etat fédéral

1. Le cadre constitutionnel

L'art. 1er de la Constitution belge dispose que la Belgique est un Etat fédéral qui se compose des Communautés et des Régions. Il existe trois Communautés et trois Régions en Belgique. Les Communautés sont compétentes pour des matières personnalisables. Les

Régions sont compétentes pour des matières territorialisables. Par matières personnalisables, il faut entendre celles qui, par leur nature, sont liées à la vie des personnes et à leurs relations avec certains services publics. Les matières territorialisables englobent, quant à elles, des compétences qui sont liées au territoire ou, comme indiqué en 2013, à la vie quotidienne socio-économique de la région[1].

Les compétences spécifiques des Communautés et des Régions ne sont pas réglées par la Constitution elle-même mais par une loi spéciale. Cette loi spéciale doit être adoptée avec une majorité spéciale (c'est-à-dire une majorité dans chaque groupe linguistique et une majorité de deux tiers des votes). Les matières personnalisables sont énumérées à l'art. 5 de la Loi spéciale du 8 août 1980, qui a été modifiée à de nombreuses reprises. Ces matières comprennent, entre autres, l'enseignement, la politique de la santé, la politique d'aide aux personnes, la politique d'accueil et d'intégration des immigrés. Les compétences territorialisables des régions portent, pour leur part, sur l'urbanisme, la conservation de la nature, le logement, l'agriculture, l'économie et l'énergie.

Du point de vue de la répartition des compétences, il est très important de souligner que le droit consitutionnel belge connaît un système de compétences exclusives[2]. Ceci implique que ni l'Etat fédéral ni les Communautés et Régions ne partagent de compétences[3]. Les compétences des Communautés et des Régions sont enumérées dans la Loi spéciale du 8 août 1980. Les compétences de l'Etat fédéral, qui portent, en particulier, sur la justice, les affaires intérieures et la sécurité sociale, ne sont, en revanche, pas énumérées. L'Etat fédéral exerce, de plus, les compétences résiduelles[4].

2. La situation juridique du personnel des Communautés et des Régions

Vu l'ampleur de leurs compétences, les Communautés et les Régions ont besoin de beaucoup de personnel pour exercer leurs tâches. L'art. 87 § 1 de la Loi spéciale du 8 août 1980 prévoit que les gouvernements communautaires et régionaux disposent d'une administration qui leur est propre, d'institutions et de personnel. En outre, le deuxième paragraphe de ce même article prescrit que chaque gouvernement fixe le cadre du personnel de son administration et procède aux nominations. Le troisième paragraphe,

---

1 *Doc. Parl.*, Chambre, session 53, année 2013, Plenaire 177, 11.

2 DELPÉRÉE FRANCIS, Le droit constitutionnel de la Belgique, Bruylant, Bruxelles 2000.

3 Les spécificités et la complexité provoquées par ce système ne seront pas abordées dans cette contribution. Pour une analyse approfondie de cette question, *cf.* VANPRAET JURGEN, De latente staatshervorming. De Bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State, die Keure, Bruges 2011.

4 Cet élément constitue le sujet d'un débat très animé dans le monde politique belge ainsi que dans le monde des constitutionalistes belges. Sur ce point, *cf.* DE BECKER/VANDENBOSSCHE.

finalement, dispose que les Communautés et les Régions arrêtent les règles relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire, à l'exception des règles relatives aux pensions. En ce domaine, le personnel est soumis aux règles légales et statutaires applicables au personnel définitif, temporaire et auxiliaire de l'Etat fédéral. Il est donc clair que les Communautés et les Régions possèdent les compétences nécessaires pour définir elles-mêmes le régime juridique applicable à leur personnel.

Si les Communautés et les Régions disposent de la liberté de régler la position juridique de leur personnel, cette affirmation doit néanmoins être nuancée, étant donné que l'art. 87 § 4 de la Loi spéciale du 8 août 1980, qui prévoyait, jusqu'en 2014, qu'un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, pris après avis des Gouvernements, devait désigner les principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat applicables, de plein droit, au personnel des Communautés et des Régions, ainsi qu'à celui des personnes morales de droit public dépendant des Communautés et des Régions. Il existait ainsi une obligation pour les parlements et gouvernements communautaires et régionaux de respecter les principes généraux des fonctionnaires fédéraux. L'impact de l'arrêté royal des principes généraux (ci-après : l'ARPG), qui a été pris en exécution de ce paragraphe, a été énormément modifié.

Le premier ARPG contenait beaucoup d'articles et limitait dès lors fortement la liberté des Communautés et des Régions d'exercer leurs propres compétences[5]. Alors que le premier ARPG contenait presque cent articles, le dernier arrêté, qui date du 22 décembre 2000, doit être considéré comme un ARPG *light*, puisqu'il ne prévoit qu'un minimum de principes devant être respectés[6]. Néanmois, l'ARPG du 22 décembre 2000 contient encore plus de trente articles et exerce donc une forte influence sur la liberté des Communautés et des Régions[7]. Les Communautés et les Régions indiquent que l'impact de l'ARPG sur leurs statuts administratifs et pécuniaires reste très grand. En particulier, elles ne possèdent aucune de liberté pour choisir entre le régime administratif et le régime contractuel puisque les art. 1 et 2 de l'ARPG les obligent, en principe, à engager leur personnel selon une procédure de nomination[8].

La dernière réforme de l'Etat du 6 janvier 2014 a abrogé l'obligation de désigner dans l'ARPG les principes généraux du droit de fonction publique fédérale qui doivent être

5 WEEKERS, pp. 30-33.

6 DE BECKER, De overheid en haar personeel, p. 166.

7 LEURQUIN-DE-VISSCHER, pp. 84-91 ; LEUS, pp. 59-80.

8 La Communauté flamande indique explicitement les difficultés sur son site web. Les Communautés et les Régions abordent ouvertement leurs problèmes avec les dispositions de l'ARPG. Pour les critiques émises par la Communauté flamande : https://www.bestuurszaken.be/Toel_Deel01-T2#tI4.

respectés par les Communautés et les Régions, ainsi que par les entités publiques qui en dépendent. L'art. 87 § 4 de la Loi spéciale du 8 août 1980 ne prévoit désormais plus qu'un ARPG doit être promulgué. Les Communautés et les Régions jouissent donc, maintenant, d'une vraie liberté pour fixer le cadre et les réglementations de leur personnel. Ceci est évident dans la logique du droit constitutionnel belge, qui ne possède pas de hiérarchie entre les règles fédérales et les règles communautaires et régionales. Les Communautés et les Régions sont entièrement compétentes pour tous les aspects qui relèvent de leurs compétences exclusives[9].

Depuis la révision du 6 janvier 2014, la logique du droit constitutionnel belge est donc mieux respectée ; néanmoins, la Belgique se trouve pour l'instant dans une période transitoire étant donné que l'art. 87 § 4 de la loi spéciale a été abrogé mais que l'ARPG du 22 décembre 2000 existe encore. A l'heure actuelle, le débat concernant la valeur juridique de cet arrêté est dominé par l'opinion que l'ARPG doit toujours être respecté, mais que les Communautés et les Régions peuvent y déroger à compter de l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2014, du nouveau paragraphe 4 de l'art. 87 de la loi spéciale du 8 août 1980[10]. Cela implique donc que les Communautés et les Régions ont maintenant la liberté de fixer elles-mêmes des règles pour leur personnel. Au moment de la rédaction de cette contribution, les Communautés et les Régions n'ont utilisé cette possibilité que d'une façon marginale. Il existe cependant des initiatives prématures pour abolir l'engagement statutaire[11].

Il nous reste un élément à souligner. Les entités publiques peuvent établir des règles pour les fonctionnaires, mais pas pour les contractuels. A l'inverse de la France, la Belgique ne connaît pas de contractuels de droit public. L'art. 6 § 1, VI, deuxième alinéa 12 prévoit que le droit du travail et le droit de la sécurité sociale restent des compétences fédérales. Les entités publiques ne peuvent donc pas promulguer de réglementation en la matière[12].

3. La situation juridique du personnel des Provinces et des Communes

Il est important de souligner qu'au même titre que les Communautés et les Régions, les entités locales doivent aussi, en principe, engager des agents statutaires. Comme l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions, les Communes et les Provinces n'ont pas le choix

9 CALUWAERT, pp. 521-533 ; VELAERS, pp. 207-230.

10 DE BECKER, De impact van de rechtsmachtsverdeling, p. 165.

11 Nous pourrions mentionner le programme Innesto du parti flamand chrétien-democrate (cd&v), qui prévoit explicitement que la nomination statutaire doit disparaître. CD&V-Innesto, Congrès des 15-16-17 novembre 2013, pp. 18-19 (à consulter sur http://www.sonjaclaes.be/wp-content/uploads/hier.pdf).

12 JANVIER, Leçon 1 : Travailler dans la fonction publique, pp. 13-15.

entre le régime statutaire et le régime contractuel. Dans la région flamande, les décrets provinciaux et communaux disposent que le régime statutaire est la règle et que l'engagement contractuel constitue l'exception[13]. Les mêmes principes sont prévus par le Code de la démocratie locale, qui est applicable dans la région wallonne, et dans la Nouvelle Loi communale, qui est en vigueur dans la Région Bruxelles-Capitale[14]. Vu qu'il existe 10 Provinces et 589 Communes en Belgique, les réglementations (les statuts administratifs et pécuniaires) dans le secteur public sont très nombreuses.

A ce nombre de statuts, il convient encore d'ajouter les statuts administratifs et pécuniaires des entreprises publiques autonomes, des entreprises publiques intercommunales et des entreprises autonomes communales et provinciales. Cela signifie qu'il y a encore quelques centaines de statuts pour des autres fonctionnaires. En 2004, par exemple, on dénombrait 239 entreprises publiques intercommunales en Belgique[15]. L'existence de toutes ces entités publiques fait que nous estimons qu'il existe en réalité plus de 1000 statuts différents en Belgique[16].

Dans le reste de la contribution, nous ne pouvons donc pas parler du droit de la fonction publique belge ; il vaut mieux utiliser le terme de « *droit de fonction publique belge* », comme l'avait déjà indiqué JEAN SAROT[17].

B. Grands principes de fonction publique belge : une différence entre le régime statutaire et le régime contractuel

1. Le principe de l'engagement statutaire

Le droit de fonction publique en Belgique trouve ses racines dans le droit de fonction publique de la tradition française[18]. Le régime administratif des fonctionnaires est qualifié comme un régime de carrière. Cela implique que le fonctionnaire est supposé dévélopper sa carrière au sein de l'administration dans laquelle il a entamé sa vie professionnelle[19]. Il n'existe, pour l'instant, que quelques réglementations concernant la mobilité interne et

---

13 Art. 104 du décret communal de la région flamande du 15 juillet 2005 et art. 100 du décret provincial de la région flamande du 9 décembre 2005.

14 Les art. L-1212-1 et L-1213-1 du code de la démocratie locale wallonne du 27 mai 2014 ainsi que l'art. 145 de la Nouvelle Loi Communale toujours en vigueur dans la Région Bruxelles-Capitale.

15 Etude de la Banque Dexia, « *Intercommunales* », Lokale financiën, février 2006, p. 3.

16 GILLET, pp. 10-11 ; DE BECKER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht, p. 1153.

17 GILLET, pp. 10-11.

18 AUER/DEMMKE/NOMDEN/POLET, pp. 57-58 ; DE BECKER, De overheid en haar personeel, pp. 130-173.

19 DE BECKER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht, pp. 1164-1165.

externe. Actuellement, le nombre de fonctionnaires mobiles est très limité. Le développement d'une carrière se limite de nos jours généralement à un développement au sein de la même autorité.

Afin d'éviter qu'une grande concurrence ne se développe entre les statuts fédéraux, communautaires, régionaux et locaux, le législateur avait prévu la promulgation de l'ARPG.

D'une façon comparable, l'arrêté du gouvernement flamand du 7 décembre 2007 portant sur les conditions minimales pour le cadre organique, le statut et le régime de mandats du personnel communal et du personnel provincial, et portant quelques dispositions relatives au statut du secrétaire et du receveur des centres publics d'aide sociale prévoit les conditions minimales à respecter par les provinces et les communes de la région flamande quand ils promulguent le statut administratif et pécuniaire ainsi que les conditions de travail des contractuels (ci-après aussi l'arrêté du gouvernement flamand du 7 décembre 2007). Du côté wallon, le code de la démocratie locale et quelques circulaires limitent la liberté des Provinces et des Communes wallones pour promulguer le statut administratif et pécuniaire de leurs fonctionnaires. Pour les Communes de la région Bruxelles-Capitale, il existe aussi une circulaire contenant la Charte sociale. Cette circulaire limite la liberté des Communes bruxelloises.

Les libertés des Communes et Provinces dans le pays entier de promulguer les règles qu'elles désirent sont donc limitées par la promulgation des arrêtés des gouvernements communautaires et régionaux qui sont d'un niveau hiérarchique supérieur. Il est important de souligner que les autorités administratives peuvent seulement règler la position juridique des fonctionnaires et non pas des contractuels.

L'engagement contractuel est l'exception juridique. A chaque niveau, l'engagement statutaire est la règle et des engagements contractuels ne peuvent trouver application que pour les fins exclusives suivantes : 1. de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires de personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail ; 2. de remplacer des agents en cas d'absence totale ou partielle, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de cette absence implique un remplacement et dont les modalités sont fixées par le statut ; 3. d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques dont la liste est publiée au préalable par chaque exécutif ; 4. de pourvoir à l'exécution des tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter.

Ces principes sont expressément consacrés à l'art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, ainsi qu'à l'art. 2 de l'ARPG, l'art. 104 du décret communal flamand et l'art. 100 du décret provincial flamand.

2. La distinction entre théorie et pratique

Malgré ce qui précède, la plupart des agents locaux sont engagés au moyen d'un contrat de travail. Dans les Communes 62.77 % des agents communaux sont des contractuels[20].

Les Communautés et les Régions emploient environ 40 % de contractuels au sein de leurs services. Les services publics fédéraux arrivent à un nombre d'environ 30 %[21]. Ces chiffres indiquent que l'engagement contractuel devient de moins en moins l'exception. Il existe même des propos politiques qui prônent l'idée d'engager du personnel contractuel au moment où ils annoncent de confirmer légalement le principe de recrutement statutaire pour les entités locales flamandes. Ce paradoxe entre les actes et les paroles des dirigeants politiques montre très bien l'ambiguité existante[22].

Il semble que le parlement flamand donnera aux entités locales de la Région flamande la possibilité d'engager contractuellement pour l'avenir[23]. Cette préférence n'est pas encore explicitée à un autre niveau. Il semble même que, certainement au niveau fédéral, le régime statutaire reste le statut préféré.

L'évolution est claire. L'engagement contractuel devient de plus en plus « normal » dans le secteur public[24]. Pourtant, les conséquences d'opter pour des engagements contractuels sont grandes.

C. Les différences entre le régime statutaire et le régime contractuel

Les différences entre le régime statutaire et le régime contractuel sont largement connues. Le régime statutaire est géré par le droit administratif. Un statut des fonctionnaires peut être modifié unilatéralement par l'autorité compétente dans l'intérêt public même si cela doit être nuancé vu l'obligation qui existe de négocier avec les syndicats[25]. Les contractuels, par contre, sont soumis au droit du travail commun. La modification unilatérale d'un contrat de travail n'est (presque) pas possible dans le droit du travail

---

20 JANVIER/JANSSENS, pp. 4-6 ; JANVIER, Leçon 1 : Travailler dans la fonction publique, pp. 13-15.

21 JANVIER, Leçon 1 : Travailler dans la fonction publique, pp. 13-15.

22 *Doc. Parl.*, Parlement flamand, session 2004-2005, nr. 347/1, 78.

23 Un projet de décret sur les entités locales dispose que les entités locales reçoivent la libre option de choisir entre l'engagement statutaire et l'engagement contractuel.

24 DE WILDE/JOASSART, p. 67.

25 Il est important de souligner que les autorités administratives doivent négocier avec les syndicats chaque modification d'une matière fondamentale du statut administratif et pécuniaire. *Cf.* JANVIER/HUMBLET, p. 16.

belge[26]. Les mêmes règles gouvernent la position des contractuels dans le secteur public et dans le secteur privé. La Belgique ne connaît donc pas de contractuels de droit public comme en France[27]. L'impossibilité de modifier unilatéralement les conditions de travail est liée au caractère contraignant du contrat civil[28]. Le contrat de travail est considéré comme un contrat civil[29]. Le droit administratif avec sa propre logique de continuité et d'adaptabilité pour garantir les services publics n'intervient pas dans le domaine du droit du travail commun.

Cette distinction profonde provoque des conséquences lourdes.

1. L'application du principe d'égalité

Le principe d'égalité est considéré comme le principe clé de la fonction publique. Chaque modification du régime administratif et/ou pécuniaire est examiné à l'aune de sa conformité au principe d'égalité. Le Conseil d'Etat (le juge administratif suprême) décide souvent d'annuler des actes administratifs pour violation de l'art. 10 de la Constitution, qui prévoit le principe d'égalité. Le Conseil d'Etat a, par exemple, annulé la sélection des managers dans les services publics fédéraux en raison du fait qu'une épreuve orale de sélection était examinée par un jury néerlandophone pour les candidats néerlandophones et par un jury francophone pour les candidats francophones. Le Conseil d'Etat a décidé que le principe d'égalité était violé car les candidats des deux groupes linguistiques n'étaient pas jugés de la même façon[30]. Autre exemple, la promotion d'un fonctionnaire a été annulée parce que l'emploi vacant n'avait pas été annoncé entièrement. Le Conseil d'Etat a jugé que cela constituait une violation du principe d'égalité[31].

Quand nous comparons la jurisprudence du Conseil d'Etat avec celle des tribunaux et cours de travail, la seule conclusion que nous pouvons en déduire est que les juges du droit du travail n'appliquent pas les mêmes standards. Ils ne s'occupent pas de la situation précontractuelle et donc du déroulement de la procédure de sélection[32]. Ceci est une conséquence évidente de l'art. 578 du Code judiciaire belge, qui prévoit que les tribunaux et les cours de travail ne sont compétents que pour juger les litiges opposant les employeurs à leur personnel. Néanmoins, le juge civil pourrait être appelé à statuer sur des procédures precontractuelles entre un candidat et une autorité administrative concernant des litiges de

---

26 DE WILDE/JOASSART, pp. 67-86.

27 DE BECKER, De overheid en haar personeel, pp. 104-112.

28 DE WILDE/JOASSART, pp. 67-86.

29 VAN EECKHOUTTE, pp. 11-70.

30 CE, Jadot, n° 98.735, 7 septembre 2001 ; CE, Reynders, n° 146.728, 27 juin 2006.

31 CE, Van Reusel, n° 156.553, 20 mars 2003.

32 DE VOS/PLETS/RUELENS, p. 4.

sélection. Le nombre de procédures reste très limité. Les juges du droit du travail sont aussi très réticents à intervenir dans le processus d'une promotion éventuelle.

2. Le dévéloppement de la carrière

Il faut souligner qu'étant donné que le régime statutaire constitue la règle, les agents contractuels ne peuvent pas faire une carrière comme les fonctionnaires. Récemment, certaines autorités locales flamandes ont créé la possibilité de promouvoir des agents contractuels. Cette possibilité provoque néanmoins des difficultés spécifiques. La promotion d'un agent contractuel est juridiquemment limitée à une position qui peut être effectuée par un agent contractuel[33]. Cependant, les autorités locales n'ont pas toujours respecté les principes juridiques. A l'origine, elles ont jugé qu'il n'existait pas de sanction quand un agent contractuel était recruté ou promu en violation des règles existantes. Ce point de vue ne peut maintenant plus être maintenu. Depuis quelques années, le Conseil d'Etat se considère compétent pour réqualifier un contrat de travail vers un régime statutaire quand l'autorité compétente a méconnu le principe que le régime statutaire est la règle. Dans l'arrêt Matthijs de 2009, le Conseil d'Etat a transformé un engagement qualifié de contrat de travail par un CPAS (une entité locale) en un régime statutaire, étant donné que la fonction que l'agent contractuel occupait ne pouvait pas être considérée comme l'un des cas exceptionnels autorisant le recours à un engagement contractuel[34].

3. Les principes généraux de droit administratif

En droit belge, les principes généraux de droit administratif sont fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le principe de motivation et l'obligation d'être entendu sur chaque sujet qui modifie la position juridique d'un agent font l'objet d'une jurisprudence abondante du Conseil d'Etat[35]. Le principe de motivation est désigné par la doctrine comme le principe charnière. Ce principe est contrôlé par le Conseil d'Etat pour vérifier si la prudence a été respectée en général par l'autorité lors d'une procédure. Dans ce sens, le principe de motivation ouvre la porte pour le contrôle des autres principes comme le principe de prudence, le principe de proportionnalité ou l'interdiction d'agir arbitrairement. Les annulations d'actes administratifs sur la base d'une violation du principe de motivation sont donc liées à d'autres principes généraux du droit administratif[36].

---

33 DE BECKER/DEBIÈVRE, pp. 67-90.

34 CE, Matthijs, n°192.580, 23 avril 2009. *Cf.* aussi CE, Vanderhasselt, n° 220.117, 5 juillet 2012.

35 *Cf.*, p. ex., OPDEBEEK, pp. 235-278.

36 MAREEN, pp. 131-173.

L'application des ces mêmes principes généraux de droit administratif aux relations contractuelles dans le secteur public a été fortement défendue par quelques auteurs durant les dernières années. Une majorité d'auteurs défendaient le point de vue selon lequel le licenciement d'un agent contractuel devrait être motivé vu que la Loi du 29 juin 1991 concernant la motivation explicite (qui codifiait le principe de motivation) dispose que chaque acte administratif unilatéral d'une autorité doit être motivé formellement et matériellement[37]. Un peu bizarrement, la majorité de la jurisprudence a suivi les analyses doctrinales et a appliqué ce point de vue[38]. Néanmoins, une minorité d'auteurs indiquait que le champ d'application de la loi du 29 juin 1991 se limitait à des actes administratifs dans le sens strict du terme[39]. Une minorité de juges suivait également cette approche, estimant que le licenciement d'un agent contractuel n'a pas être motivé puisque, dans le secteur privé, le droit du travail belge n'oblige en général pas les employeurs à donner les motifs d'un licenciement[40]. L'application du droit du travail ne provoquait donc pas la nécessité de motiver le licenciement d'un agent contractuel dans le secteur public. La Cour de Cassation a récemment mis fin au débat en décidant que, effectivement, le droit du travail n'oblige pas à motiver formellement et matériellement le licenciement d'un agent contractuel dans le secteur public[41].

Cette décision de la Cour de Cassation démontre, dans un débat animé, l'approche juridique dominant en Belgique. Le droit du travail du secteur public ne se distingue pas du droit du travail du secteur privé.

4. Les relations collectives de travail dans le secteur public belge

L'unilatéralité qui gouverne les relations entre l'autorité et son personnel statutaire se traduit aussi dans la législation des négociations collectives. Le caractère unilatéral de la nomination et du régime administratif des fonctionnaires en général implique qu'il n'est pas possible d'entrer dans des relations contractuelles avec des fonctionnaires[42]. Ce point de vue est celui retenu jusqu'à aujourd'hui. La loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités dispose que des negociations entre l'autorité et les syndicats répresentatifs doivent avoir lieu quand il s'agit de modifications de réglements de base, comme le recruterment, la

37 On cite, parmi d'autres, JACQMAIN, p. 514 ; GILSON, p. 8 ; DEAR/DEPRINCE, p. 180.

38 Cour de Travail de Bruxelles, 27 septembre 2007, JTT 2008, p. 171 ; Tribunal de Travail de Charleroi, 18 juin 2007, JTT 2008, p. 173 avec note de STEVE GILSON.

39 SALOMEZ, p. 237 ; DE BECKER, De motivering, pp. 90-102.

40 *Cf.*, parmi d'autres, Tribunal de Travail Gand, 6 décembre 2007 (à consulter sur http://www.juridat.be).

41 Cour de Cassation, 12 octobre 2015 (à consulter sur http://www.juridat.be).

42 Cette opinion se base sur un arrêt de la Cour de Cassation du 8 décembre 1932, dans lequel la Cour décidait que « *les emplois publics sont en dehors des tractations contractuelles* ».

carrière, la fin de la carrière, le salaire, le statut syndical. Des concertations doivent avoir lieu quand il s'agit d'une réforme des autres réglements qui ne sont pas considérés comme des réglements de base. Il est important de souligner que la compétence des négociations collectives dans le secteur public est restée fédérale, conformément à l'art. 87 § 5 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Le résultat d'une négociation est un protocole d'accord ou de désaccord qui doit être signé par toutes les parties autour de la table. Cette procédure comporte deux éléments : d'un côté, le protocole doit être transposé dans le statut des fonctionnaires par un acte administratif d'une autorité administrative[43], ce qui implique que le résultat des négociations n'a qu'une valeur morale (ou politique)[44] ; de l'autre côté, l'obligation de négocier et/ou de consulter les syndicats est une obligation formelle dont la violation est illégale. Il en découle que le Conseil d'Etat annule les modifications unilatérales du statut administratif et/ou pécuniaire qui ne sont pas négociées avec les syndicats[45].

L'unilatéralité des décisions de modification est donc tenue en principe. Comme ROBERT ANDERSEN le décrivait : le Prince reste souverain mais il doit consulter[46]. L'impact des négociations doit néanmoins être lié aux doits fondamentaux sociaux. Le droit de grève est reconnu en Belgique à chaque ouvrier et employé, y compris aux fonctionnaires. Cela implique que les syndicats ont le droit d'organiser une grève quand une autorité ne transpose pas un proctocole d'accord. Le droit de grève donne donc un moyen important aux syndicats pour revendiquer juridiquement l'accomplissement d'un document à valeur politique[47].

Pour les contractuels dans le secteur public, la situation est encore plus compliquée. Il n'existe pas de conventions collectives de travail dans le secteur public, seulement des résultats des négociations collectives dans le secteur public. Ces résultats ne peuvents pas être transposés dans des contrats de travail individuels. Les contrats de travail ne peuvent notamment pas être modifiés unilatéralement. Cela signifie que la croissance du nombre des contractuels provoque encore plus de difficultés juridiques. Chaque protocole entre une autorité et les syndicats doit être transposé dans le contrat de travail par des adaptations des contrats par consentement mutuel[48]. Il est évident que dans un grand nombre de cas, les contrats de travail ne sont pas modifiés avec consentement mutuel explicite. Ceci

---

43 Ceci vaut aussi bien pour les autorités centrales que pour les entreprises publiques. Comparez CE, ACOD, n° 202.461, 29 mars 2010 avec CE, Grandmaire, n° 164.148, 26 octobre 2006, CDPK 2006, pp. 978-979.

44 JANVIER/HUMBLET, p. 74.

45 Parmi autres : CE, Mombeeck, n° 36.183, 8 janvier 1991 ; CE, Vereecke, n° 74.394, 22 juin 1998.

46 ANDERSEN, p. 35.

47 *Cf.* LOMBAERT, pp. 517-518 ; DE BECKER, De overheid en haar personeel, pp. 564-575 ; DORSSEMONT, pp. 273-276.

48 DE WILDE/JOASSART, pp. 77-86.

implique que l'incertitude règne souvent sur la situation juridique d'un contractuel dans le secteur public. Cette incertitude juridique n'a pas encore conduit à beaucoup de procédures, mais il est évident que les autorités risquent d'ouvrir la boîte de Pandore au moment où une procédure sera entamée.

5. Le régime disciplinaire et les pensions

a) Le régime disciplinaire

Le régime disciplinaire constitue une autre grande distinction entre le régime statutaire et le régime contractuel. Les fonctionnaires sont soumis à un régime disciplinaire qui est entièrement réglé par leur statut. Il est important de souligner que les sanctions comprennent des possibilités de suspendre la rénumération et de révoquer le fonctionnaire. La révocation implique qu'un fonctionnaire est licencié et perd encore ses droits à une pension du secteur public. Originairement, le fonctionnaire révoqué perd ses droits à sa pension en général. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que la perte entière des droits à la pension constitue une violation du droit à la propriété prévu par l'art. 1er du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme[49]. La décision de la Cour européenne des droits de l'Homme est toutefois intervenue peu après la modification de la loi belge du 5 décembre 1968, qui prévoyait que le fonctionnaire perdait son droit à la pension dans le secteur public mais qu'il gardait son droit à la pension comme dans le secteur privé[50].

La révocation comme sanction est un autre exemple pour comprendre la distinction fondamentale entre la position juridique des fonctionnaires et des contractuels dans le secteur public. La révocation fait perdre à un fonctionnaire son avantage vis-à-vis à un contractuel. Les fonctionnaires sont nettement avantagés en matière de pension. Le calcul de la pension des fonctionnaires et celui des contractuels éclaircit cette thèse (*infra*, b).

Un raisonnement comparable peut être établi pour le licenciement. La nomination unilatérale est en principe définitive[51]. Ceci signifie dire que les fonctionnaires peuvent seulement être licenciés dans les cas prévus par la réglementation. Les fonctionnaires connaissent un système de licenciement à motifs clos. Les contractuels sont soumis à un régime différent, où il n'existe pas de raisons enumérées pour lesquelles un licenciement

---

49 CrEDH, Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, JTDr. Eur. 1996, 211. *Cf.* aussi DE BECKER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht, pp. 1182-1183.

50 CrEDH, Laloyeux c. Belgique, 9 mars 2006.

51 Suite à une réforme du droit de la fonction publique, l'ARPG du 22 décembre 2000 a instauré un régime de statutaires temporaires pour les managers. Ils sont nommés pour une période de six ans. Sur ce sujet, *cf.* VAN DAMME/WEERTS, pp. 138-155.

peut être prononcé. La violation des dispositions législatives ou réglementaires ne conduira malheureusement jamais à une réintégration de l'agent contractuel. Celui-ci reçoit une indemnisation pour les dommages subis, mais il n'aura jamais la possibilité de requérir sa réintegration[52].

b) Les pensions

Le calcul de la pension des fonctionnaires s'effectue sur la base de la formule suivante :

Pension de repos = (le salaire moyen des dernières dix années de la carrière × les années professionnelles en tant que fonctionnaire) ÷ 60.

Le calcul de la pension des employés du secteur privé et des contractuels occupés dans le secteur public se base sur la formule suivante :

(Salaire annuel brut × coefficient de revalorisation × 60 %) ÷ le nombre d'années professionnelles.

Pour les contractuels du secteur public, le salaire moyen de toute la carrière est pris comme base pour le calcul de la pension. Pour un fonctionnaire, le salaire des derniers des dix ans (qui est normalement plus éléve) est pris comme point de départ. En plus, le montant est multiplé par 60 % pour les contractuels, tandis que pour les fonctionnaires le résultat est multiplié par un maximum de 75 % (45/60). Il convient également d'insister ici sur le fait que les contractuels ne peuvent normalement pas effectuer une carrière dans la fonction publique belge[53].

D. Les rapprochements des situations statutaires et contractuelles

1. L'influence de l'UE

Les rapprochements entre les fonctionnaires et les contractuels se dévéloppent à première vue principalement à des niveaux qui sont inspirés par de la réglementation supranationale.

L'Union européenne a largement influencé l'ampleur de la distinction entre les deux positions juridiques. L'impact de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'application de l'art. 45 § 4 du Traité sur le fonctionnement de

---

52 Sur ce point, *cf.* SALOMEZ.

53 CE, Khemissi, n° 127.677, 2 février 2004, Chr.Dr.Soc. 2004, p. 487 avec observations de Jean JACQMAIN. *Cf.* aussi DE BECKER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht, p. 1172.

l'UE a été largement commenté dans les différents Etats membres[54]. A partir de l'arrêt Sotgiu en 1974, la Cour de justice a jugé que le principe de libre mouvement des employés s'applique également dans le secteur public[55]. L'arrêt Sotgiu est crucial vu qu'il décide que la qualification interne de la relation de travail ne joue pas de rôle pour l'approche fonctionnelle de la Cour elle-même. L'exception du § 4 (qui prévoit que le libre mouvement ne s'applique pas aux emplois dans l'administration publique) se limite, selon une jurisprudence constante, à des emplois qui participent directement ou indirectement à l'exercice de l'autorité publique[56]. Dans l'arrêt Lawrie Blum, la Cour a même explicitement décidé ce qui suit : « *La notion de travailleur, au sens de l'article 48 du traité, revêt une portée communautaire. Elle doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation du travail en considération des droits et devoirs des personnes concernées ; la caractéristique essentielle de la relation du travail est la circonstance qu'une personne accomplit des prestations ayant une valeur économique certaine en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. Le domaine dans lequel les prestations sont fournies et la nature du lien juridique liant le travailleur à l'employeur sont sans intérêt pour l'application de l'article 48 du traité* »[57].

Il devient donc évident que la Cour de justice préfère donner elle-même le contenu du terme « *travailleur* ». Même si la Cour juge que ce terme revêt une portée communautaire, cette portée communautaire influence la portée nationale.

2. La lutte contre la discrimination

La Directive européenne 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail[58] prévoit explicitement qu'elle doit être appliquée aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé. Néanmoins, pour les fonctionnaires, la Directive et la loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (qui a transposé la Directive en droit belge), n'ajoutent presque rien à l'application du principe d'égalité prévu par l'art. 10 de la Constitution.

---

54 Concernant le débat belge, *cf.* WEERTS, pp. 33-60 ; DE BECKER, De invloed van de rechtspraak, CDPK 2010, pp. 418-435 ; LOMBAERT/ADRIAENSSEN, pp. 183-229.

55 CJUE, Sotgiu c. Deutsche Bundespost, C-152/73, 12 février 1974.

56 *Cf.*, parmi d'autres, CJUE, Commission c. Belgique, C-149/79, 26 mai 1982 ; CJUE, Commission c. France, C-307/84, 3 juin 1986 ; CJUE, Lawrie-Blum c. Land Baden-Wurttenberg, C-66/85, 3 juillet 1986 ; CJUE, Commission c. Luxembourg, C-473/93, 2 juillet 1996 ; CJUE, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola, C-405/01, 30 septembre 2003.

57 CJUE, Lawrie-Blum c. Land Baden-Wurttenberg, C-66/85, 3 juillet 1986.

58 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22.

Pour les contractuels par contre, l'application de la loi du 10 mai 2007 influence largement leur position juridique. L'interdiction de la discrimination dans les relations de travail sur la base des critères enumérés par le législateur (l'art. 1 de la loi du 10 mai 2007 prévoit que des discriminations ne peuvent pas avoir lieu sur la base des critères suivants : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale[59], la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale) constitue une approche comparable au principe d'égalité pour les fonctionnaires.

Les contractuels peuvent maintenant essayer d'invoquer cette loi afin d'améliorer leur protection. Cette protection améliorée ne peut cependant pas être considérée comme acquise dans chaque affaire. Des « discriminations » motivées et fondées peuvent subsister. Ainsi, un pompier (avec un contrat de travail), qui invoquait que des tests concernant son aptitude physique violent la loi du 10 mai 2007 (qui est interdit de discriminer sur la base de l'état de santé et sur une caractéristique physique) n'a pas obtenu gain de cause. La Cour de Travail de Bruxelles a jugé qu'il existait une base objective et raisonnable pour demander que des pompiers soient physiquemment aptes[60]. Néanmoins, la loi du 10 mai 2007 a ouvert la porte à une certaine horizontalisation du principe d'égalité. Même si le principe de l'art. 10 de la Constitution se focalise sur le principe d'égalité lui-même, l'interdiction de discriminer peut être considerée comme l'autré côté de la même médaille[61].

3. Le harcèlement au travail

Un autre exemple permet d'illustrer le rapprochement entre le régime statutaire et le régime contractuel qui découle de l'interdiction de la discrimination. Ce rapprochement s'opère surtout au niveau procédural. Le harcèlement au travail peut être considéré comme un élément spécifique de l'interdiction de la discrimination. Le Parlement belge avait déjà pris des initiatives pour interdire le harcèlement moral et/ou sexuel au travail. La loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail dispose que les employeurs du secteur public sont aussi liés par les règles de cette loi. La jurisprudence a traité beaucoup de dossiers du secteur public.

La conséquence du choix du législateur est que les tribunaux de travail sont compétents pour juger toutes les affaires de harcèlement moral et sexuel des fonctionnaires et des

[59] La conviction syndicale a été ajoutée suite à un arrêt de la Cour Constitutionnelle : Cour Constitutionnelle, 64/2009, 2 avril 2009.

[60] Cour de Travail de Bruxelles, 6 août 2013 (à consulter sur https://www.law.kuleuven.be/arbeidsrecht/pdf_documenten/nieuwsbrieven2013/arbhbruss-06082013-nivelles.pdf).

[61] Cour Constitutionnelle, nr. 37/97, 8 juillet 1997 ; Cour Constitutionnelle, 64/2009, 2 avril 2009.

contractuels dans le secteur public. Une analyse de la jurisprudence dévoile que les tribunaux et cours de travail jugent de la même façon les dossiers des contractuels et ceux des statutaires.

Des situations pareilles guident à des sanctions pareilles. Des entités publiques ont été condamnées à payer des amendes suite à la violation de la loi du 11 juin 2002[62].

L'art. 32 decies de la loi dispose que l'employeur qui occupe un travailleur qui a déposé une plainte motivée soit au niveau de l'entreprise ou de l'institution qui l'occupe, selon les procédures en vigueur, soit auprès des fonctionnaires chargés de la surveillance ou pour lequel ces fonctionnaires sont intervenus, ou qui intente ou pour lequel est intentée une action en justice tendant à faire respecter les dispositions du présent chapitre, ne peut pas mettre fin à la relation de travail, ni modifier unilatéralement les conditions de travail, sauf pour des motifs étrangers à cette plainte ou à cette action. Le travailleur reçoit un statut de sonneur de tocsin qui le protège contre un licenciement pour des raisons qui sont liées à sa plainte.

Cependant, même si la protection juridique pour les sonneurs de tocsin est identique, la procédure et la sanction potentielle restent différentes. Le licenciement d'un fonctionnaire en violation de son statut comme sonneur de tocsin peut être annulé par le Conseil d'Etat. Cette annulation mènera à la réintegration du fonctionnaire dans le secteur public. S'il s'agit du licenciement d'un contractuel en violation de son statut de sonneur de tocsin, seule une indemnisation large pour violation de la loi du 10 mai 2007 pourra être requise. Une réintégration de l'agent contractuel ne peut être décrétée par le juge compétent[63].

Même si le rapprochement de la législation semble conduire à un traitement identique des agents statutaires et des agents contractuels, le cadre juridique demeure fondamentalement différent et prévoit des conséquences légales différentes. Cela comptait d'une manière équivoque pour le débat invoqué concernant la motivation du licenciement. Même dans les cas où la loi du 29 juillet 1991 était appliquée pour des contractuels, la violation de la loi sur la motivation formelle menait à une indemnisation (limitée) pour les contractuels. Pour les agents statutaires, une annulation par le Conseil d'Etat entraîne une réintégration[64].

---

62 Parmi d'autres : la condamnation de la commune de Wielsbeke commentée dans la presse. *Cf.* l'article du 4 avril 2012 dans Het Nieuwsblad (à consulter sur http://www.nieuwsblad.be/cnt/2k3obg3h).

63 *Cf.* SALOMEZ.

64 Pour un exemple, *cf.* CE, Peersmans, n° 168.781, 12 mars 2007.

4. Deux autres exemples : la loi concernant la protection de la rémunération et la loi sur le bien-être au travail

Des autres lois facilitent aussi le rapprochement entre la situation juridique des statutaires et des contractuels. Le législateur belge a notamment souvent choisi d'élargir le champ d'application des lois sociales.

Deux exemples permettent d'éclaircir cette thèse. Le parlement belge a élargi le champ d'application de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. L'art. 1er de cette loi dispose que la loi s'applique aux personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail, fournissent contre rémunération des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne. Le législateur admet donc que chaque employé ou travailleur qui travaille contre rémunération sous l'autorité d'une autre personne bénéficie de la protection.

Le respect de cette loi doit être assuré par les tribunaux et cours de travail. Les mêmes lignes de conduite sont suivies par les juges et ils appliquent cette loi de la même façon. Un arrêt de la Cour de Cassation illustre ceci. La Cour a décidé que la différence réglementaire entre le secteur public et le secteur privé concernant les paiements du pécule de vacances ne constitue pas une application différente de l'art. 2 al. 3, 1° de la loi du 12 avril 1965. La Cour de Cassation garde ainsi la même ligne pour le secteur public et pour le secteur privé[65]. La jurisprudence assure donc le rapprochement entre les statutaires et les contractuels, vu que le régime juridique des statutaires est géré par le droit administratif et le régime juridique des contractuels par le droit du travail, même si quelques spécificités en matière de calcul du salaire demeurent[66].

Un deuxième exemple concerne la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, qui prévoit à son art. 1er, le même champ d'application que l'art. 1er de la loi du 12 avril 1965. Le contrôle juridicaire sur le bien-être au travail se développe de la même façon dans le secteur privé que dans le secteur public. Récemment, la Cour de travail de Bruxelles a encore confirmé que l'application de cette loi doit être faite de la même façon dans le secteur public que dans le secteur privé[67].

5. Résumé des rapprochements

En résumé, les lois belges précitées constituent généralement des transpositions des règles de l'Union européenne dans le droit interne. Tel est le cas, notamment, de la loi belge

65 Cass., 2 décembre 2012 (à consulter sur http://www.juridat.be).

66 Cour de Travail, 20 octore 2000 (à consulter sur http://www.juridat.be).

67 Cour de Travail Bruxelles, 5 décembre 2014 (à consulter sur http://www.juridat.be).

relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, qui assure la transposition de la Directive cadre 89/391/CEE visant à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs[68]. Le champ d'application de cette Directive ne laisse aucune incertitude puisqu'à teneur de son art. 2, celle-ci doit être appliquée tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Les mêmes constations peuvent être faites au sujet des lois orientées sur la lutte contre la discrimination et le harcèlement au travail.

Ces éléments sont encore plus importants compte tenu que la Cour européenne des droits de l'Homme a aussi décidé, dans l'arrêt Vilho Eskelinen, qu'elle ne voit pas de raisons de traiter différemment les travailleurs du secteur public de ceux du secteur privé en ce qui concerne l'application de l'art. 6 § 1 CEDH[69].

L'approche fonctionnelle du terme de « *travailleur* » influence (in)directement l'organisation interne des relations de travail dans les Etats membres. Elle provoque des rapprochements entre la situation juridique des statutaires et celle des contractuels.

La loi concernant la protection de la rénumération des travailleurs constitue cependant l'exception à la règle. Un salaire minimal n'existe pas encore dans la législation de l'Union européenne. Il est pourtant important de souligner l'impact de cette loi, étant donné que l'élargissement de son champ d'application a ouvert la porte à beaucoup d'autres lois d'élargir leur champ d'application.

E. Conclusion

La Belgique connaît deux formes d'engagements du personnel. En principe, le régime statutaire est la règle et le régime contractuel l'exception. Pourtant, le nombre de contractuels en Belgique a fortement augmenté ces dernières années.

Cette évolution est perceptible à chaque niveau où du personnel est engagé. Cela signifie que cette évolution se retrouve au niveau fédéral, communautaire, régional, provincial, communal, intercommunal, *etc.* Cette liste indique déjà l'éclatement des compétences en Belgique. Presque chaque entité publique possède une autonomie pour réglementer les conditions de travail de son personnel. Néanmoins, cette liberté est limitée à la situation juridique des statutaires ; elle n'existe pas pour désigner la situation juridique des contractuels, qui sont soumis au droit du travail fédéral. Les autres autorités ne possèdent donc pas de liberté pour désigner la situation juridique de leurs contractuels. Cependant,

---

68 Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO L 183 du 29 juin 1989, pp. 1-8.

69 CrEDH, Vilho Eskeline e.a. c. Finlande, 19 avril 2007 (à consulter sur http://www.coe.int).

la croissance du nombre de contractuels provoque des difficultés vis-à-vis de la répartition des compétences.

Vu l'existence simultanée des agents statutaires et contractuels, le focus des juristes belges est surtout orienté vers les différences. Les statutaires sont soumis au droit administratif, et donc aux principes spécifiques du droit administratif (comme le principe d'égalité, le principe de motivation et le principe *audi alteram partem*) ; ces principes ne sont pas applicables aux contractuels. En outre, la protection juridique du Conseil d'Etat, qui peut annuler des actes administratifs, se distingue fondamentalement de la protection juridique des contractuels, qui ne peuvent qu'invoquer des principes du droit du travail. En particulier, la réintégration après un licenciement n'existe pas en droit du travail belge.

Même si beaucoup de différences existent encore entre la position juridique des statutaires et celle des contractuels, quelques éléments provoquent des rapprochements. Ceux-ci s'opèrent surtout par le biais des actes réglementaires et/ou législatifs qui sont adoptés en transposition des initiatives de l'UE. En outre, la notion de « *travailleur* » de l'UE oblige les Etats membres à rapprocher les situations juridiques distinctes existantes.

En résumé, les premiers pas vers un rapprochement des statuts juridiques des statutaires et des contractuels ont été accomplis. Pourtant, cette tâche est très difficile puisque le cadre juridique entier doit être adapté. Il faut donc réflechir à l'impact de chaque modification. En plus, la question de l'avantage de créer un « statut unique » doit être posée. Ne vaut-il pas mieux élaborer un système qui gère la situation de l'entier du personnel au lieu de rapprocher deux situations distinctes ? Garder deux situations juridiques différentes pour les rapprocher provoquera toujours des difficultés[70].

III. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

ANDERSEN ROBERT, Autorité et contrat dans l'action administrative, Annuaire européen d'Administration Publique 1997.

AUER ASTRID/DEMMKE CHRISTOPH/NOMDEN KOEN/POLET ROBERT, La fonction publique dans l'Europe des Quinze, IEAP, Maastricht 2001.

CALUWAERT KRISTOF, De bevoegdheidsoverdracht inzake het openbaar ambt, in : André Alen (éd.), Het federale België na de Zesde Staatshervorming, die Keure, Bruges 2014, pp. 521-533.

[70] *Cf.*, déjà DE BECKER, De overheid en haar personeel, pp. 589-590.

DEAR LAURENT/DEPRINCE OLIVIER, L'incidence de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public, JTT 2005, p. 180.

DE BECKER ALEXANDER, De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector, in : Ria Janvier/Alexander De Becker (éds), De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging, die Keure, Bruges 2015, p. 165 ; cité : DE BECKER, De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen.

DE BECKER ALEXANDER, De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op het recht van het overheidspersoneel, CDPK 2010, pp. 418-435 ; cité : DE BECKER, De invloed van de rechtspraak.

DE BECKER ALEXANDER, De motivering van het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector, RW 2007-2008, pp. 90-102 ; cité : DE BECKER, De motivering.

DE BECKER ALEXANDER, De overheid en haar personeel, die Keure, Bruges 2007 ; cité : DE BECKER, De overheid en haar personeel.

DE BECKER ALEXANDER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht (1999-2008), RW 2007-2008, pp. 1153-1184 ; cité : DE BECKER, Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht.

DE BECKER ALEXANDER/DEBIÈVRE JENS, Over de keuzevrijheid inzake de invulling van de rechtspositie der intergemeentelijke verenigingen na het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, TBP 2006, pp. 67-90.

DE BECKER ALEXANDER/VANDENBOSSCHE EMMANUEL (éds), Scharnier- of sleutelelementen in het grondwettelijk recht : het beginsel van constitutieve autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet, die Keure, Bruges 2011.

DE VOS MARC/PLETS ISABEL/RUELENS F., Het onthaal in de precontractuele fase van de arbeidsovereenkomst, in : Personeel, lonen en sociale wetten, Compact 1993.

DE WILDE INGER/JOASSART PIERRE, La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel : l'impossible alchimie, in : Ria Janvier/Alexander De Becker (éds.), De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging, die Keure, Bruges 2015, pp. 67-86.

DORSSEMONT FILIP, La notion de répresentativité dans le cadre de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, in : Ria Janvier/Alexander De Becker (éds), De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging, die Keure, Bruges 2015, pp. 273-276.

GILLET ERIC, Introduction, in : Jean Sarot (éd.), Précis de fonction publique, Bruylant, Bruxelles 1994, pp. 10-11.

GILSON STEVE, L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? – L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique, Or. 2006/4.

JACQMAIN JEAN, Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle, Chr. Dr. Soc. 2007.

JANVIER RIA, Leçon 1 : Travailler dans la fonction publique : hier, aujourd'hui et demain, in : Ria Janvier (éd.), Le droit social de la fonction publique, la Charte, Bruxelles 2015, pp. 1-29 ; cité : JANVIER, Leçon 1 : Travailler dans la fonction publique.

JANVIER RIA/DE BECKER ALEXANDER (éds.), De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging, die Keure, Bruges 2015.

JANVIER RIA/HUMBLET PATRICK, Ambtenarenrecht : I . Vakbondsstatuut, die Keure, Bruges 1998.

JANVIER RIA/JANSSENS KATHLEEN, De mythe van het statuut voorbij ? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan !, die Keure, Bruges 2003.

LEURQUIN-DE-VISSCHER FRANÇOISE, Heurs et malheurs de l'Arrêté Royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique, APT 1995, pp. 84-91.

LEUS KAAT, Zin en onzin van het Koninklijk Besluit houdende de algemene principes, in : Robert Andersen/Kaat Leus (éds), Hervorming van het openbaar ambt, die Keure, Bruges 2002, pp. 59-80.

LOMBAERT BRUNO, La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental, in : Les droit de l'homme au seuil du troisième millenaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles 2000, pp. 517-518.

LOMBAERT BRUNO/ADRIAENSSEN SOPHIE, L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique, in : Ria Janvier/Alexander De Becker (éds.), De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging, Bruges, die Keure 2015, pp. 183-229.

MAREEN DIANE, Het motiveringsbeginsel in : Ingrid Opdebeek/Marnix Van Damme (éds.), Beginselen van behoorlijk bestuur, die Keure, Bruges 2006, pp. 131-173.

OPDEBEEK INGRID, De hoorplicht, in : Ingrid Opdebeek/Marnix Van Damme (éds.), Beginselen van behoorlijk bestuur, die Keure, Bruges 2006, pp. 235-278.

OPDEBEEK INGRID/VAN DAMME MARNIX (éds.), Beginselen van behoorlijk bestuur, die Keure, Bruges 2006.

SALOMEZ KRISTOF, De ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht, die Keure, Bruges 2004.

VAN DAMME MARNIX/WEERTS SOPHIE, Le régime juridique du mandat, in : Robert Andersen/Kaat Leus (éds), Réforme de fonction publique, La Charte, Bruxelles 2002, pp. 138-155.

VAN EECKHOUTTE WILLY, De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst, in : Willy Van Eeckhoutte/Marc Rigaux/Roger Blanpain [et al.] (éds), Sociaal Recht : niets dan uitdagingen (arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en welzijnsrecht), Mys & Breesch, Gand 1996, pp. 11-70.

VELAERS JAN, Het dogma van de exclusieve bevoegdheden gerelativeerd : de meervoudige bevoegdheidskwalificatie in het federale België, in : Patricia Popelier/Dave Sinardet/Jan Velaers/Bea Cantillon (éds), België : quo vadis ? Waarheen na de zesde staatshervorming ?, Intersentia, Anvers 2012, pp. 207-230.

WEEKERS BART, Personeel en organisatie, die Keure, Bruges 2003.

WEERTS SOPHIE, L'européanisation de la fonction publique : illustration du phénomène à travers un examen jurisprudentiel de quelques principes généraux du droit de la fonction publique, in : Sébastien Depré/Cédric Molitor (éds), Etat des lieux de la fonction publique, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 33-60.

ELISENDA MALARET

Dualismes, convergences et divergences dans l'ordre juridique espagnol des relations de travail

Sommaire

I. Introduction 350

II. Le lent et zigzaguant processus de construction de la distinction entre le droit de la fonction publique et le droit du travail : l'affirmation d'ordres juridiques propres aux différents rapports de travail salarié 351
- A. Le réformisme social de la fin du XIX^e siècle et la protection des travailleurs avec les lois de fabriques et l'identification d'un contrat spécial 351
- B. Le premier statut de la fonction publique et la création des corps 352

III. Un dualisme ancré dans la Constitution : deux ordres juridiques pour les rapports de travail 355
- A. Des nuances dans la portée des droits qui supposent l'exercice collectif caractéristique du monde du travail : syndication, grève et négociation collective 356
- B. La préconisation de deux statuts différents pour raison de la nature de l'employeur, un statut des travailleurs et un Statut des fonctionnaires publics 359
- C. Droit du travail, droit de la fonction publique : deux modèles de distribution de compétences entre l'état et les Communautés autonomes très différents 362
  1. Une approche aux traits du modèle constitutionnel de distribution territoriale du pouvoir 362
  2. La distribution concrète du pouvoir législatif et exécutif dans les différents ordres juridiques concernant le travail 364

IV. L'affirmation des droits et des libertés, le temps des convergences. Un dualisme présent au sein des administrations publiques, nuancé par un socle commun de règles 366
- A. Les administrations post-constitutionnelles : la normalisation du dualisme 367
  1. L'option pour un régime de fonction publique ou un régime de contrat assujetti au droit du travail 367
  2. Un dualisme limité par la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence ordinaire en application de la Constitution. Une jurisprudence qui renforce les différences dans l'application du droit du travail en fonction de la nature publique ou privé de l'employeur 369
- B. Un dualisme de rapports au sein de l'administration fortement encadré par l'introduction de principes juridiques communs en matière d'accès et de négociation collective 372

V. En guise de conclusion : le temps des divergences dans un ordre juridique où

l'exercice des libertés syndicales est mis en question par la crise économique et par le taux de chômage qui l'accompagne 376

I. Introduction

La distinction entre le droit de la fonction publique et le droit du travail apparaît dans l'ordre juridique espagnol lors de l'émergence du droit du travail au début du XX[e] siècle. A l'époque, ce clivage répondait de façon nette à la séparation entre droit public et droit privé, à un moment où le droit administratif était conçu comme un droit spécial. Par la suite, le développement du droit du travail suite à l'irruption avec force des rapports collectifs a octroyé à cet ordre juridique une certaine autonomie[1]. Parallèlement, l'essor du droit administratif – corollaire de l'éclosion d'un droit positif de bonne facture technique[2] – et l'ancrage de la juridiction contentieuse-administrative comme juridiction spécialisée au sein du pouvoir judiciaire ont fait perdre à cet ordre juridique son caractère dérogatoire ; celui-ci est désormais conçu comme un droit propre à l'administration doté d'un système autonome de règles et de principes[3].

Depuis l'émergence du droit du travail, la dualité de régimes est enracinée dans l'ordre juridique espagnol et elle est maintenant solidement ancrée dans la Constitution de 1978. Bien que ce dualisme ait des racines robustes, les convergences entre les deux ordres juridiques de relations de travail se sont affirmées à partir des années quatre-vingt du XX[e] siècle, avec l'impact de la Constitution dans tout l'ordre juridique espagnol et, notamment, avec l'influence des droits et libertés consacrés dans son texte[4]. Par contre, les réformes du droit du travail adoptées en 2010-2011, et surtout, le profond remaniement qu'a supposé

1 Le caractère supplétif du droit civil des contrats étant très restreint dès lors que la jurisprudence de l'ordre social a construit un corpus de principes inhérents au droit du travail.

2 L'absence d'une véritable assemblée législative – ainsi que d'un gouvernement au sens propre du terme – a favorisé une approche technocratique, ce qui, dans le domaine du droit de l'administration a eu une conséquence très particulière, à savoir la participation de certains professeurs dans l'élaboration des textes législatifs.

3 Une conception qui puise ses racines dans la construction du droit administratif de GARCÍA DE ENTERRÍA en tant que droit *statutaire*, c'est-à-dire en tant que droit propre à une certaine personne morale. *Cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, Verso un concetto di diritto amministrativo come Diritto statutario*,* Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, 1960.

4 Ainsi que par l'effet ou l'influence du droit européen ; bien que le droit de l'Union européenne ait eu une importance mineure du point de vue substantiel, sauf en matière d'emploi temporaire, où l'impact de la Directive 1999/70 et l'application du principe de non-discrimination exigent que les différences de traitement soient fondées sur des exigences objectives et non sur la différence de traitement juridique ou de simple régime.

celle de 2012[5], semblent avoir renforcé les divergences. Les mesures adoptées en matière de fonction publique, lors de la dernière grande crise économique, ont également accentué les divergences.

Nous présenterons, dans cet article, une esquisse de cette démarche. Etant donné notre domaine de spécialisation – le droit administratif –, notre approche se concentrera sur les agents du secteur public, et plus spécialement sur les employés publics (c'est-à-dire sur les personnes qui travaillent au sein des administrations publiques).

II. Le lent et zigzaguant processus de construction de la distinction entre le droit de la fonction publique et le droit du travail : l'affirmation d'ordres juridiques propres aux différents rapports de travail salarié

A. Le réformisme social de la fin du XIX^{e} siècle et la protection des travailleurs par le biais des lois de fabriques et l'identification d'un contrat spécial

La distinction entre le droit de la fonction publique et le droit du travail est apparue dans l'ordre juridique espagnol lors de l'émergence du droit du travail au début du XX^{e} siècle.

Les premières « *lois sur les fabriques* » adoptées à partir de 1880 constituent les balbutiements du droit de travail en tant que droit spécial des rapports entre salariés et entrepreneurs. Par la suite, ce processus s'est accentué au fur et à mesure que la densité de la législation spécifique au monde du travail a augmenté. Les premières lois avaient un caractère de protection des travailleurs. A l'origine, la législation avait une portée substantielle. Les dispositions en matière de conditions de travail – adoptées dans l'élan des réformes en matière sociale du début du XX^{e} siècle – ont supposé le renforcement des mesures de protection adoptées à la fin du XIX^{e} siècle (relatives au travail des femmes et des enfants, au repos hebdomadaire et à la durée de la journée)[6]. Dans un second temps, le

[5] Comme il a été remarqué alors que le droit du travail initial était le produit du réformisme social, la législation récente répond à des finalités d'ordre économique, à un « *réformisme ablatif* ». *Cf.* CASAS BAAMONDE MARÍA EMILIA, La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo : reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo, Relaciones Laborales, 2014, 30.

[6] Les lois sur les accidents de travail (1890), sur le travail des femmes et des enfants (1890) et sur le repos dominical (1904) ont été qualifiées par ADOLFO POSADA, l'un des fondateurs du droit administratif moderne, comme « *les premières étapes réelles du droit protecteur des ouvriers* », in :

dispositif a changé de registre pour assurer le respect des conditions établies par la loi : l'Inspection du travail[7] a été créée en 1906 et le cadre légal permettant la mise en place de « *tribunaux industriels* » et d'un droit procédural propre a été élaboré en 1908 et 1921.

Dans le cadre de ces mesures législatives, qui représentent les bases historiques du droit du travail, l'adoption d'un Code du travail en 1926[8] occupe une place centrale. Malgré la dénomination, il n'y a pas eu de tâche à proprement parler codificatrice, mais, par contre, un élément très novateur a été apporté ; il s'agit de l'introduction, pour la première fois, d'une discipline propre et systématique pour le contrat de travail. Cette décision a supposé la transformation de la nature juridique du rapport de travail opérée par le passage du contrat de location de services – inscrit dans le Code civil – au contrat de travail faisant l'objet d'une loi spéciale. Les pièces constitutives d'un ordre juridique propre étaient posées ; on était en présence d'un cadre légal spécial, c'est-à-dire d'un régime juridique spécifique visant un objet déterminé – le rapport de travail salarié –, d'institutions pour garantir son application – administration et juges –, et, surtout, il faut tenir compte du fait que l'existence d'un juge spécialisé supposera l'adoption progressive d'un corpus autoréférentiel, marginalisant l'application supplétive du droit civil. La constitutionnalisation des droits liés au travail (association syndicale, assurances maladie, chômage, vieillesse, *etc.*) en 1931, et l'importance du paquet législatif adopté au début de la II^e^ République marquent le passage d'un droit ouvrier à un droit du travail, et donc, le dépassement de la conception individualiste du rapport et le début d'une conception des rapports collectifs de travail, qui sera écartée pendant la période franquiste et qui, plus tard, fera son éclosion avec la Constitution de 1978. Cette approche a été définitivement consacrée par la loi sur le contrat de travail adoptée en 1931, au début de la II^e^ République.

B. Le premier statut de la fonction publique et la création des corps

La réglementation de la fonction publique a vu le jour beaucoup plus tôt que la législation sur le contrat de travail. L'adoption, en 1827-1828, d'un statut pour le personnel au service des finances publiques (contenant des dispositions avec une portée très limitée), a

La réforme sociale en Espagne, Revue internationale de Sociologie, 1907, 5-6. ADOLFO POSADA, traducteur et introducteur de L. DUGUIT en Espagne, fut Président de l'Institut de Réformes Sociales, qui a été créé en 1903, avec la mission de préparer la législation et d'organiser les services de l'inspection du travail et des statistiques.

7 Les Rapports de l'Inspection du travail publiés par l'Institut de Réformes Sociales illustrent bien les difficultés que l'application de la législation de « *protection ouvrière* » a rencontrées à l'époque.

8 L'adoption de ce code est intervenue pendant la Dictature de Primo de Rivera, qui se distinguait par son approche idéologique et sa politique corporatiste.

constitué la première réglementation de la fonction publique. Un peu plus tard, en 1852, le premier Statut général de la fonction publique a été adopté. Dans la mesure où, pour la première fois, une disposition légale consacrait un ensemble de règles en matière d'accès et de promotion, ce texte est considéré comme le point de départ du régime de la fonction publique[9]. Ce statut a conservé la « *mobilité relationnelle* », c'est-à-dire le pouvoir octroyé à l'administration de mettre fin au rapport juridique de fonction publique sans que les fonctionnaires puissent en connaître les documents ou les causes[10]. Cette disposition excluait de manière explicite son application au personnel subalterne ; en conséquence, ceux-ci pouvaient être nommés directement par leurs chefs, sauf si leur fonction avait un caractère intellectuel. Cela explique que certains auteurs du droit du travail considèrent ce texte comme étant à l'origine du dualisme d'ordres juridiques au sein de l'administration[11].

Malgré le fait que le Statut général de la fonction publique dessinait une carrière administrative fondée sur des catégories personnelles, réglementait l'accès et la promotion ainsi que le régime disciplinaire et la question toujours délicate à l'époque de l'intégration des militaires dans l'administration civile, ce cadre général était conditionné dans son application par l'adoption de dispositions spéciales dans chaque ministère ; dans la pratique, cette circonstance a dilué la portée unificatrice du statut. Cette législation sur la fonction publique s'insérait dans un cadre général caractérisé par la faiblesse de l'administration, par l'absence d'une volonté réformatrice pendant tout le XIX^{e} siècle et, comme GARCÍA DE ENTERRÍA l'a souligné, l'existence d'un cadre légal n'était pas suffisante pour éviter les mauvaises pratiques (le favoritisme, le copinage et le parasitisme) qui ont dominé tout le XIX^{e} siècle[12] ; celles-ci ont non seulement suscité une énorme méfiance, mais également empêché de créer une bureaucratie d'Etat moderne. L'adoption de règles générales n'a pas permis d'assurer le principe de la permanence dans l'emploi public[13] ; au contraire, une forme particulière de *spoil system* a été mise en place (les « *cesantias* »[14], que nous retrouvons dans les grands romans de l'époque), qui supposait un clientélisme d'ordre politique et la considération de l'emploi public comme le butin ou les dépouilles auxquelles a droit le vainqueur. L'importance qu'a acquise cette pratique permet de comprendre pourquoi l'*inamovibilité* peut être considérée comme le trait

9 GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, La Administración española, Madrid, 1960 ; GARRIDO FALLA, La nueva legislación sobre funcionarios públicos, RAP, 1964, 43.

10 MARTINEZ DE PISÓN IGNACIO, El nacimiento de nuestra moderna función pública : el Estatuto de Bravo Murillo y la inamovilidad de los funcionarios, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 989.

11 LÓPEZ GÓMEZ JOSÉ MANUEL, La relación laboral especial de empleo público, Madrid, ed. Civitas/Thomson Reuters, 2009.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA (note 9).

13 En langue castillane, cette notion a encore un sens plus fort, car l'on recourt au terme d'*inamobilité*.

14 *Cf.* JIMENEZ ASENSIO RAFAEL, Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978), éd. MAP, Madrid, 1989.

distinctif de la position juridique des fonctionnaires et comme l'élément qui a fait la différence avec la position des salariés dans le droit du travail[15].

Parallèlement, petit à petit, des corps de fonctionnaires ont commencé à surgir et, dès 1904, des dispositions adoptées pour certains ministères ont reconnu la permanence dans l'emploi et certaines garanties face au favoritisme dans le recrutement et la promotion.

Finalement, l'adoption d'un nouveau Statut, en 1918, a renforcé les principes du recrutement basé sur le mérite et de la promotion fondée sur l'ancienneté, en élargissant à tous les corps les règles et les pratiques développées initialement de manière sectorielle ; ce procédé supposait la fin du système permettant de mettre un terme à l'emploi public pour des raisons liées aux circonstances politiques du moment. Le Statut de 1918 est resté en vigueur pendant une période relativement longue, puisqu'il n'a été abrogé qu'en 1964, par la loi sur les fonctionnaires civils de l'Etat. Ce nouveau cadre légal – adopté pendant une période du franquisme caractérisée par la mise en place de réformes technocratiques nécessaires pour inciter le développement économique – a créé les corps généraux et a établi les bases juridiques pour glisser d'un système de carrière à un système de poste de travail (en faisant disparaître les catégories personnelles et en créant la classification des postes de travail), bien que la « *pression* » des corps spéciaux ait empêché le développement de ces aspects novateurs. Pendant cette période, l'administration a commencé à utiliser la voie contractuelle avec certaines catégories de personnel, initiant de manière timide l'application du droit du travail ; le dualisme de régimes juridiques apparaissait ainsi au sein des agents de l'administration publique[16].

L'histoire de l'Espagne du XX^{e} siècle est mouvementée et la portée de certaines règles de droit doit s'insérer dans ce cadre institutionnel car l'on peut retrouver des périodes où l'écart entre le « *droit écrit* » et le « *droit dans les faits* » est considérable. Deux dictatures (1924-1929 et 1939-1977) et une longue guerre civile (1936-1939), suite auxquelles les évictions et les épurations pour des motifs d'ordre politique, ont été plus ou moins généralisées selon les périodes. Par contre, la Constitution de la II^{e} République avait consacré la règle selon laquelle les recrutements, la promotion et les retraites devaient être effectués selon la loi ; la permanence au poste était en outre garantie et les séparations du service, les suspensions et les transferts ne pouvaient intervenir que dans les conditions établies par la loi.

Le franquisme a supposé une certaine remise en question des différences de régime juridique entre l'emploi public et le travail dans le secteur privé car l'idée de loyauté et de

---

15 CANTERO MARTÍNEZ JOSEFA, El empleo público : entre estatuto funcionarial y contrato laboral, Madrid, éd. Marcial Pons, 2001.

16 MALARET ELISENDA/MAURI MAJOS JOAN, L'emploi public espagnol : entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires, RFAP, 2009, 4.

protection était présente dans les deux ordres juridiques[17] ; l'entreprise était considérée comme une communauté où les intérêts contradictoires entre travailleurs et patrons n'existaient pas et où l'organisation était rigidement hiérarchisée et sous le contrôle absolu de l'employeur[18].

L'absence de reconnaissance des droits fondamentaux et libertés publiques renforçait le caractère autoritaire propre au statut de subordination des fonctionnaires, qui est fondé sur la suprématie de l'administration et l'acte unilatéral.

III. Un dualisme ancré dans la Constitution : deux ordres juridiques pour les rapports de travail

Comme HESSE l'avait remarqué, toute Constitution est le reflet de la réalité d'un Etat et de la corrélation des forces existantes[19]. Si cette idée peut, certes, nous sembler banale, elle permet aisément d'expliquer pourquoi certains droits sont explicitement consacrés, ou pourquoi ceux-ci sont énoncés avec certaines expressions ; cette idée explique aussi les raisons du contenu concret de certaines normes de la Constitution espagnole de 1978. Une réalité qui fonde des règles précises dans certains domaines et qui se justifie par opposition au régime préexistant, pour éliminer certaines conceptions, certaines pratiques ou traditions ; mais aussi pour réaffirmer ou insister sur certains principes ou valeurs.

Comme nous venons de le dire, le dualisme de régimes juridiques est présent de longue date dans les relations de travail ; il a d'ailleurs été consacré et, apparemment, même renforcé, par la Constitution de 1978. La distinction entre le droit du travail et le droit de la fonction publique est en effet présente de manière explicite dans le texte constitutionnel à trois niveaux : portée des droits, mandat pour deux statuts professionnels en fonction de la nature de l'employeur et modèle de distribution de compétences entre l'Etat et les Communautés autonomes (CCAA).

---

17 LÓPEZ GÓMEZ (note 11).

18 MARTIN VALVERDE ANTONIO, Ideologías jurídicas y contrato de trabajo, AADD : Ideologías jurídicas y contrato de trabajo, Sevilla, 1977.

19 HESSE KONRAD, Escritos de derecho constitucional (en langue castillane), éd. CEC, Madrid, 1983.

A. Des nuances dans la portée des droits qui supposent l'exercice collectif caractéristique du monde du travail : syndication, grève et négociation collective

Ainsi, l'examen des droits qui s'inscrivent traditionnellement dans les rapports de travail illustre déjà des différences, des nuances, dans la portée de ces droits en fonction de la nature de l'employeur (employeur privé ou administration publique).

La Constitution énonce de manière explicite la liberté syndicale, qui comprend le droit de créer des syndicats ou de s'affilier au syndicat de son choix, ainsi que le droit, pour les syndicats, d'établir des confédérations et d'instituer des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier ; l'autre volet de la liberté syndicale est également consacré, puisque nul ne peut être contraint de s'affilier à un syndicat (art. 28).

Malgré cela, la Constitution prévoit, qu'en ce qui concerne les Forces armées ou les institutions et autres corps soumis à la discipline militaire, « *la loi pourra limiter l'exercice de ce droit ou les en excepter et que, pour ce qui est des fonctionnaires publics, la loi régira les particularités de son exercice* ». Dans la fonction publique, la liberté syndicale peut donc souffrir des exceptions, être limitée ou conditionnée, ce qui constitue une différence notoire avec le principe de liberté qui est la règle pour les travailleurs.

En outre, en ce qui concerne les conflits, le droit à la grève est reconnu aux travailleurs pour la défense de leurs intérêts. Une limitation de ce droit est explicitement prévue (*cf.* art. 28.2 : « *la loi réglementant l'exercice de ce droit établira les garanties nécessaires pour assurer le maintien des services essentiels de la communauté* »). La notion de services essentiels ne définit pas un périmètre équivalent à celui des services publics et il n'est pas, non plus, synonyme du domaine de la fonction publique, comme la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire l'ont signalé.

La liberté syndicale et le droit de grève sont placés dans la section de la Constitution consacrée aux droits fondamentaux et aux libertés publiques. Cela suppose une protection majeure, des garanties spécifiques structurées en deux volets : une réserve de loi organique pour son développement (c'est-à-dire adoptée ou modifiée à la majorité absolue de la Chambre des Députés par un vote final sur l'ensemble du projet) et une protection judiciaire spéciale. Seule une loi organique qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits. Un système de protection institutionnelle renforcée existe également puisqu'il est expressément prévu que la garantie juridictionnelle s'exerce au travers d'une procédure ayant un caractère préférentiel – ou de priorité – et sommaire, assortie d'une possibilité de recours individuel d'*amparo* à la Cour Constitutionnelle (art. 53).

La garantie constitutionnelle de la liberté syndicale doit être appréhendée, conformément aux premiers articles du texte, en relation avec le rôle des syndicats de travailleurs et des associations patronales comme organisations contribuant à la défense et à la promotion des intérêts économiques et sociaux qui leur sont propres. Corollaire de cette fonction institutionnelle, leur structure interne et leur fonctionnement doivent être démocratiques (art. 7).

Dans ce cadre, et s'appuyant aussi sur les Conventions de l'Organisation internationale du Travail, la loi organique 11/1985 sur la liberté syndicale (LLS) a été adoptée. Cette réglementation établit un traitement unifié pout toutes les personnes qui réalisent un travail rémunéré, y compris les fonctionnaires. La LLS, qui régit l'exercice du droit d'association syndicale des fonctionnaires publics – et ses limites –, s'applique ainsi directement au sein des administrations publiques ; la loi ne réglemente toutefois que ce qui concerne le droit à l'affiliation syndicale (droit de s'affilier ou de ne pas s'affilier) et la protection des syndicats. En revanche, les aspects relatifs à la représentation et à la négociation doivent être abordés de manière différente, en fonction de la condition de travailleurs ou de fonctionnaires.

La Constitution reconnaît aussi de manière explicite le droit à la négociation collective des représentants des travailleurs et des patrons, ainsi que le caractère contraignant des conventions (art. 37.1). Le droit à la négociation collective s'inscrit dans la logique des rapports au sein de l'entreprise (privée) et n'est pas consacré de manière explicite dans les rapports entre les fonctionnaires et l'administration publique ; cette vision est cohérente avec la conception de l'administration publique inscrite dans la Constitution, qui veut qu'elle soit au service de l'intérêt général (art. 103.1).

La Cour Constitutionnelle a jugé que le droit constitutionnel à la négociation collective ne touche en principe pas les fonctionnaires publics (arrêt de la Cour Constitutionnelle 57/1982). Si ce droit peut exister, il sera de « *configuration légale* », et n'aura donc pas de fondement constitutionnel (comme la jurisprudence de la Cour Suprême l'a affirmé à réitérées reprises), bien qu'une fois reconnu par la loi, son statut soit renforcé, puisque la Cour Constitutionnelle l'a considéré comme le corollaire de la liberté syndicale des fonctionnaires publics ; à ce titre, ce droit est donc susceptible de faire l'objet d'un recours d'*amparo* (arrêt de la Cour Constitutionnelle 80/2000). Ainsi, dans le domaine de la fonction publique, c'est donc le législateur qui a élargi la négociation collective et, surtout, qui l'a fortement encadrée (1987).

La loi 9/1987 sur les organes de représentation, la détermination des conditions de travail et la participation du personnel au service de l'administration publique a formalisé l'exercice des droits syndicaux des fonctionnaires en établissant les organes représentatifs, les conditions, la portée et les limites légales et budgétaires de la négociation, ainsi que la procédure d'adoption des accords. Ce texte a été modifié en 1990, puis abrogé par la loi

sur le Statut de base de l'employé public, qui a adopté une perspective plus systématique et globale des rapports entre les agents – dans sa diversité de statuts – et les différentes administrations publiques. L'objet de la négociation collective réside exclusivement dans la détermination des conditions de travail. La loi exclut de manière explicite de la négociation l'exercice du pouvoir d'organisation ; ce n'est que si l'exercice de ce pouvoir a un impact sur les conditions de travail que l'aspect relatif à celles-ci devra être négocié.

Ainsi, dans l'ordre juridique espagnol, le droit à la négociation collective existe pour les fonctionnaires publics ; la place et le rôle de la loi sont cependant différents par rapport aux salariés. Cette distinction s'opère aussi au sein de l'administration publique, où le dualisme de régime juridique entre fonctionnaires et agents avec un contrat de droit du travail introduit une complexité notable dans la gestion du personnel.

La loi de 1987 a supposé la reconnaissance formelle de la négociation collective, ainsi que l'introduction dans l'administration de l'Etat d'une pratique qui était largement répandue dans les administrations des Communautés autonomes et dans les Collectivités locales. La négociation collective au sein des administrations publiques présente des éléments communs avec celle qui se déroule au sein des entreprises, mais l'on ne peut pas ignorer qu'elle n'est pas équivalente, ni par sa portée ni par l'importance de ses limitations ; en effet, dans le domaine de la fonction publique, le droit de négociation collective suppose seulement un droit à une activité (négocier), droit qui est différent de celui d'obtenir un résultat (une convention collective avec des effets obligatoires). L'impact de cette pratique et de la loi a été très fort du point de vue de la transformation de la conception classique de la fonction publique – qui cède la place à une vision moins autoritaire et fait reculer la force de l'unilatéralisme face à la montée d'un certain bilatéralisme. Mais il faut aussi considérer que ni les syndicats ni la dynamique de négociation n'ont pu éviter la forte réduction des rémunérations imposée par le décret-loi 8/2010[20] et les lois sur les finances qui ont suivi depuis[21].

Avec un contenu caractéristique de l'époque où elle a été adoptée, la Constitution de 1978 est riche en règles relatives à l'administration : un chapitre entier étant consacré au Gouvernement et à l'administration, les bases constitutionnelles du droit administratif ont donc un énoncé clair et précis (art. 97 et 103 à 107). Dans ce cadre, la spécificité de l'exercice collectif des droits par les fonctionnaires est explicitement consacrée : les particularités de l'exercice du droit d'association syndicale devront être établies par la loi (art. 103.3). Nous y reviendrons par la suite.

[20] Les premières mesures de réduction de la dépense publique pour faire face à la crise économique qui s'est déchaînée à partir de la faillite de Lehmann Brothers ont été adoptées sur la base de ce décret-loi.

[21] SANCHEZ MORÓN MIGUEL, Manual de Derecho de la Función Pública, ed. Tecnos, Madrid 2015.

B. La préconisation de deux statuts différents en raison de la nature de l'employeur : un Statut des travailleurs et un Statut des fonctionnaires publics

Parmi les nombreux défis que l'adoption de la Constitution a posés lorsque les *Cortes Generales* [22] – suite aux premières élections démocratiques de juin 1977 – ont adopté la décision de se constituer en assemblée constituante, celui qui consiste à établir un système démocratique des relations de travail et à adapter le système de la fonction publique au nouveau régime politique n'était pas le moindre.

Cette pensée a trouvé son reflet dans le texte constitutionnel. Dans le cadre des droits liés au travail (devoir de travailler et droit au travail, droit au libre choix du métier ou à la profession, droit à la promotion par le travail et à une rémunération suffisante pour satisfaire ses besoins et ceux de sa famille et interdiction de la discrimination à raison du sexe dans l'exercice de ces droits ; art. 35.1) –, la loi devra établir un Statut des travailleurs (art. 35.2). Les droits propres au monde du travail, dont le contenu essentiel est directement établi par la Constitution lient, comme tous les droits et libertés de cette partie de la Constitution, tous les pouvoirs publics ; ils sont toutefois inscrits dans une section dans laquelle les droits (de propriété, de liberté d'entreprendre, de mariage, *etc.*) ne disposent pas de la protection spéciale que suppose le recours d'*amparo* à la Cour Constitutionnelle.

La Constitution exige en effet un Statut des travailleurs[23]. Il s'agit d'un mandat consacré explicitement, et la loi 8/1980 du 10 mars sur le Statut des Travailleurs a été le premier texte post constitutionnel en matière de droit du travail. L'objectif était de renouveler complètement le modèle des relations de travail hérité du régime politique antérieur ; cet élan rénovateur a été conditionné par l'ampleur de la crise économique, qui depuis le choc pétrolier des années soixante-dix frappait l'économie espagnole[24]. Cela permet d'expliquer l'adoption d'une réglementation flexible des différentes modalités de contrat de travail.

A l'époque, l'utilisation de la notion de Statut des travailleurs n'appartenait pas à la tradition du droit du travail espagnol, alors que l'utilisation, par la Constitution, de la notion de statut appliqué aux rapports de droit administratif était courante. Ainsi, on la retrouve pour se référer à la disposition qui doit réglementer les rapports avec le personnel des *Cortes Generales* (art. 72.1), pour les fonctionnaires (art. 103.3) et pour les corps et

---

[22] Cette dénomination regroupe el *Congreso de los Diputados* (l'équivalent de l'Assemblée nationale) et le Sénat.

[23] Une idée soutenue largement par la doctrine. L'un des ouvrages de référence est : PALOMEQUE MANUEL CARLOS/ ALVAREZ DE LA ROSA MANUEL, Derecho del Trabajo, Madrid, 21e ed., éd. Fundacion R. Areces, 2013 (dans sa dernière édition).

[24] Une crise aggravée par l'absence de réaction des autorités du régime antérieur en raison de la maladie de Franco qui a marqué toute la période finale du régime jusqu'à sa mort en novembre 1975.

forces de sécurité de l'Etat (art. 104.2, qui exige dans ce domaine une loi organique). L'influence du droit italien du travail est incontestable ; la loi de 1970 avait eu une énorme influence en consacrant, dans un dispositif juridique, la conception moderne des relations de travail fondée sur deux piliers : la tutelle des droits et de la dignité des travailleurs dans les centres de travail – introduisant la « *Constitution dans l'usine* » – et l'institutionnalisation des syndicats au sein de l'entreprise à travers des organes spécifiques. Cette absence de tradition et le caractère très vague de la notion de Statut des travailleurs utilisée par la Constitution a empêché par la suite la détermination d'un contenu concret. L'on retrouve cependant toujours dans le Statut des travailleurs (un texte légal qui a fait l'objet de nombreuses modifications[25]) trois matières : le rapport individuel de travail (soit, le contrat), les droits de représentation collective et de réunion des travailleurs au sein de l'entreprise et, finalement, la négociation et les conventions collectives de travail. En revanche, la question des infractions et des sanctions ne sera pas toujours comprise dans ce cadre légal.

Le Statut des travailleurs a été rapidement adopté, en 1980, alors que la réforme de la fonction publique est apparue plus compliquée et que le mandat de l'art. 103 de la Constitution d'adopter un Statut des fonctionnaires publics n'a été réalisé qu'en 2007 avec la promulgation du Statut de base de l'employé public.

Pour mieux cerner la portée du renvoi constitutionnel à la loi pour régler le statut des fonctionnaires, il faut ajouter à l'énoncé complet de cet alinéa la disposition consacrée exclusivement aux agents de l'administration publique. Ainsi, « *la loi réglera le statut des fonctionnaires publics, l'accès à la fonction publique en accord avec les principes de mérite et de capacité, les particularités de l'exercice de leur droit à la syndicalisation, le système des incompatibilités et les garanties de l'impartialité dans l'exercice des fonctions* » (art. 103.3).

Le mandat constitutionnel était clair : il s'agissait d'adopter un statut spécifique pour garantir la professionnalisation de l'administration publique[26]. Bien que l'objectif fût précis, sa réalisation a mis beaucoup de temps, puisque ce n'est qu'en 2007 que la loi portant sur le Statut de base de l'employé public a été adoptée.

Malgré la piètre situation dans laquelle se trouvait la fonction publique – et l'administration en général – à la fin du franquisme, ni l'adoption de la Constitution, ni la

---

[25] Entre 2010 et 2014, il a subi sept modifications, dont la plus part ont été adoptées dans le cadre des Décrets-Lois de mesures extraordinaires pour réagir face à la crise économique ; ces modifications continues justifient la promulgation d'un Décret législatif pour systématiser et refondre l'ensemble (R D Législatif 2/2015).

[26] MIGUEL SANCHEZ MORÓN, l'un des principaux spécialistes dans ce domaine, a beaucoup insisté sur cette idée. La première édition de son *Manual de Derecho de la Función Pública* (ed. Tecnos, Madrid) date de 1997 (la dernière de 2015).

création des Communautés autonomes n'ont réussi à encourager une réforme, même partielle du cadre légal de la fonction publique. Il a fallu attendre 1984 et l'adoption de la loi sur les mesures de réforme de la fonction publique. L'objectif de cette loi était d'adapter la législation au nouveau contexte de distribution de compétences entre l'Etat et les CCAA, de réduire le nombre de corps et son importance dans la carrière ainsi que les rétributions des fonctionnaires. La loi de 1984 n'a pas supprimé les corps, car le principe de l'accès à la fonction publique à travers un corps a été conservé. Mais, parallèlement, elle a introduit des innovations en renforçant les pouvoirs des organes de gestion de la fonction publique et surtout en introduisant un système mixte de promotion qui a fortement ébranlé la conception traditionnelle de la carrière administrative. A partir de ce moment-là, c'est le « *Catalogue des postes de travail* »[27] de chaque administration qui a structuré le personnel selon les besoins du service, de manière à ce que la promotion s'organise sur la base de l'attribution d'un poste, par concours ou libre désignation.

Si l'administration avait déjà la possibilité de recruter des agents liés par un contrat de travail avec l'administration publique, la loi de 1984 a accru cette possibilité ; elle a octroyé au Gouvernement un large pouvoir discrétionnaire pour établir quels étaient les postes réservés aux fonctionnaires et, en conséquence, quels pouvaient être les postes occupés par du personnel avec un contrat de droit de travail. Dès lors, le nombre des agents avec un statut de droit du travail a augmenté considérablement, surtout au niveau des administrations des Communautés autonomes et des Collectivités locales.

L'arrêt 99/1987 de la Cour Constitutionnelle a supposé l'introduction d'un petit revirement dans la démarche de « *travaillisation* » de l'emploi public. L'arrêt a déclaré qu'étant donné que la Constitution avait opté en faveur d'un régime statutaire, celui-ci devait être le régime juridique général pour les serviteurs publics ; la liberté de décision octroyée au Gouvernement pour la détermination des postes réservés aux fonctionnaires était donc excessive et allait à l'encontre de la réserve de la loi établie par la Constitution. La réforme de la loi de 1984, qui est intervenue en 1988, a notablement réduit ce pouvoir discrétionnaire dans deux directions : d'abord dans la détermination des postes pouvant être occupés par des agents n'ayant pas la condition de fonctionnaires ; ensuite, dans le domaine des procédures utilisées pour la promotion.

Le mandat constitutionnel qui exigeait l'adoption d'un statut de la fonction publique n'a été réalisé qu'en 2007, avec la promulgation de la loi sur le Statut de base de l'employé public. L'application effective de cette législation aurait supposé la plus complète et systématique réforme de l'emploi public, puisque telle était son ambition : aller au-delà du clivage traditionnel entre fonctionnaires et agents soumis au droit du travail, moyennant

[27] Il s'agit d'une liste (ou inventaire) où sont répertoriés les postes de chaque administration publique ; cette table est accompagnée d'explications détaillées.

l'adoption d'un cadre commun pour tout le personnel des administrations publiques[28]. Mais, la réglementation a été conçue comme une loi de base au sens strict, ce qui signifie qu'elle a établi le cadre commun à toutes les CCAA pour qu'elles puissent ensuite le développer par le biais de leurs lois respectives. Cette distinction entre les bases et le développement aurait dû permettre une adaptation aux spécificités respectives des différentes administrations publiques. Cette fonction constitutionnelle des lois de base avait été normalement accomplie par des lois qui incorporaient aussi des normes plus détaillées et d'application directe destinées à l'administration de l'Etat, mais le Statut de base de l'employé public (EBEP) n'a pas adopté cette stratégie et a explicitement confié cette tâche aux lois de développement. Il faut remarquer qu'à l'époque, le texte du projet de loi de l'employé public de l'administration de l'Etat était en cours d'élaboration dans le cabinet ministériel correspondant ; l'idée était qu'il puisse fonctionner comme un « *modèle de référence* » pour les CCAA. Le changement de ministre a cependant bouleversé les plans, cantonnant l'EBEP et mettant le frein à la réforme en cours de l'administration[29]. Malgré cela, les éléments qui nous intéressent dans le cadre de ce travail (soit, les règles portant sur l'accès et sur la négociation collective) étaient précisément d'application directe et immédiate. Nous y reviendrons.

C. Droit du travail, droit de la fonction publique : deux modèles très différents de distribution de compétences entre l'Etat et les Communautés autonomes

1. Une approche aux traits du modèle constitutionnel de distribution territoriale du pouvoir

A la fin de période franquiste, la question de l'organisation territoriale était inscrite dans les revendications politiques de tous les partis démocratiques. Elle répondait à une demande d'autogouvernement fondé sur des raisons d'ordre historique, culturel et politique. L'histoire constitutionnelle de l'Espagne montre un certain paradoxe, les constitutions qui ont reconnu la souveraineté nationale comme source de légitimité des pouvoirs ont paradoxalement consacré un système de décentralisation territoriale (Constitution de 1878, I[ère] République, et Constitution de 1931, II[e] République). La

[28] SANCHEZ MORÓN MIGUEL (dir.), Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público, 1 ed., Valladolid, 2007 ; MALARET ELISENDA, El estatuto básico del empleado público, la modernización administrativa en el estado de las autonomías: un proceso en construcción, Revista Vasca de Administración Pública, nº 84, 2009.

[29] MALARET ELISENDA, La modernisation administrative en Espagne : entre l'élan de la réforme de l'Etat et la discontinuité de la réforme de l'administration, Revue Française de Droit Administratif, vol. 25, nº 2, 2009.

décentralisation de l'Etat poursuit deux objectifs : la démocratisation de l'Etat et le développement économique et social des différents territoires.

Avant de présenter les règles spécifiques qui régissent la distribution des compétences dans les domaines qui nous intéressent, nous exposerons très brièvement les traits caractéristiques du modèle de distribution territoriale du pouvoir en Espagne. Il s'agit d'un dispositif qui présente des spécificités remarquables, qui l'éloignent des Etats fédéraux (singulièrement à cause du rôle des Statuts d'autonomie) et des Etats régionaux (par la portée des pouvoirs attribués aux Communautés autonomes et par la base constitutionnelle de leur pouvoir législatif, notamment).

La Constitution établit le cadre juridique (les règles substantielles et procédurales) pour permettre la décentralisation de l'Etat. Si la Constitution permet la création des Communautés autonomes, elle ne les crée pas directement et ne fixe pas non plus de manière directe les compétences des Communautés autonomes. La Constitution confie cette fonction à chaque Statut d'autonomie, ainsi que la détermination du modèle institutionnel de chaque Communauté autonome. Ceci permet de comprendre la place et la portée du principe dispositif[30], trait distinctif du système espagnol[31]. Comme sous la II^{e} République, la Constitution n'a pas créé directement les Communautés autonomes, elle prévoit seulement un « *droit* » et l'initiative des territoires, ainsi que la procédure ; la généralisation à l'ensemble territoire espagnol n'était au début qu'une simple possibilité. Quant à l'attribution et à la portée des compétences des différentes CCAA, la Constitution se limite à réserver à l'Etat les compétences qui lui sont exclusives. L'importance capitale des Statuts d'autonomie est le corollaire de ce schéma « *ouvert* », car c'est à cette réglementation qu'incombe la fonction d'arrêter le modèle territorial de l'Etat. La procédure d'adoption essaie de combiner les deux éléments : les Statuts d'autonomie sont approuvés par les *Cortes Generales* comme lois organiques, bien qu'issus des projets approuvés par les territoires. Les Statuts d'autonomie assurent une fonction constitutionnelle[32], dans la mesure où chaque Statut attribue les compétences à la Communauté autonome qu'il régit et établit son organisation et son système institutionnel respectif (Parlement, présidence, gouvernement, ainsi que d'autres institutions comme l'ombudsman, la cour de comptes, le conseil consultatif, le conseil de l'audiovisuel, *etc.*) Finalement, comme conséquence des éléments antérieurs, la diversité (que ce soit dans le domaine des responsabilités ou en matière d'organisation) apparaît comme un trait

---

30 Bien que quelques auteurs préfèrent la notion de « *volontariété* » pour mieux illustrer le rôle des territoires. *Cf.* GARICA ROCA JAVIER, El principio de voluntariedad autonómica : teoría y realidad constitucionales, R.D.P., 1984, 21, pp. 111 ss.

31 DE OTTO IGNACIO, Derecho Constitucional : Sistema de fuentes, ed. Ariel, Barcelona 1988.

32 AGUADO CÉSAR, El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico, éd. C.E.C., Madrid 1996.

inhérent au système, bien qu'actuellement cet aspect soit plus une possibilité qu'une réalité. Les Accords entre les deux grands partis politiques espagnols de 1981 et 1992 ont fait évoluer l'ensemble vers une uniformisation substantielle[33], alors que les caractéristiques – démographiques et économiques – et, surtout, la volonté d'autogouvernement des différentes Communautés sont très diverses.

Le résultat que présente le processus initié en 1979 est une organisation territoriale fortement décentralisée, avec des faiblesses importantes à cause de l'absence de réformes postérieures (une fois la décentralisation mise en place), bien que la nature de l'Etat ne soit pas directement énoncée dans la Constitution. Cette forte décentralisation est caractérisée par un trait essentiel dans le domaine de notre travail, à savoir, le fait que l'ordre juridique est plurilégislatif.

2. La distribution concrète des pouvoirs législatif et exécutif dans les différents ordres juridiques concernant le travail

Si l'on examine maintenant la distribution des compétences dans les différentes matières, on s'aperçoit que le cadre adopté tient compte de la réalité préexistante dans les divers secteurs. Ainsi, l'on ne surprendra pas si l'on annonce d'emblée que la Constitution assume le dualisme d'ordres juridiques.

Les critères de distribution des compétences sont divers : i) distribution des fonctions, législatives vs exécutives ; ii) partage du pouvoir législatif, en distinguant entre la législation cadre ou de principes et le pouvoir législatif de développement – des CCAA ; iii) partage du pouvoir normatif entre l'Etat, auquel la législation est réservée, et les CCAA, qui peuvent adopter des règlements d'exécution.

Dans ce contexte, la portée de la distribution des compétences est très différente selon qu'il s'agit du droit du travail ou du droit de la fonction publique. La différence de nature entre les destinataires des normes dans l'un ou l'autre ordre juridique (soit, des agents privés dans la première hypothèse, respectivement l'administration publique dans la seconde) explique la différence de modèle.

La législation du travail est entièrement réservée à l'Etat. Les CCAA ne disposent d'attributions que pour l'exécution de la législation et dans la mesure où les deux conditions suivantes sont réalisées : i) la législation du travail doit attribuer à l'administration des pouvoirs (cela était le cas, avant la réforme de 2012, quand l'autorisation préalable pour les licenciements collectifs était une exigence légale, alors qu'actuellement seul le pouvoir d'enregistrer la communication de l'employeur est

[33] MALARET ELISENDA, Multidimensional decentralization in Spain : variable geometry decentralization, International Review of Administrative Sciences, vol. 64, nº 4, 1998, pp. 663 ss.

accordé) ; ii) le Statut d'autonomie de la Communauté doit régir ce domaine d'attributions. Dans le contexte actuel de questionnement au sujet des pouvoirs de l'administration dans les relations de travail, et plus spécialement au sujet des pouvoirs qui interviennent dans les relations collectives (signe d'un droit du travail moderne), il est pertinent de s'interroger à propos d'une tâche de l'administration qui existe de longue date et qui concerne les services de l'inspection du travail. Cette question a suscité une énorme controverse entre la Communauté autonome de Catalogne et l'Etat pendant une longue période[34] ; l'organisation des effectifs de personnels sous la forme d'un corps national avait créé une opposition forte d'une partie des effectifs. Finalement, le transfert du personnel s'est effectué tout en assurant une dépendance fonctionnelle partagée et une dépendance organique à l'administration de la Communauté autonome[35].

Le système de distribution des responsabilités dans le domaine de la fonction publique répond à des critères très différents. Les « *bases du régime juridique des administrations publiques et du régime statutaire des fonctionnaires* » sont réservées à l'Etat ; les CCAA disposent donc du pouvoir législatif pour développer ce cadre de principes, qui peut être plus ou moins dense. Comme la Cour Constitutionnelle l'a signalé, la réserve à l'Etat du pouvoir de fixer les bases de l'ordonnancement d'un secteur ou d'une matière suppose que ces bases établissent une réglementation uniforme pour tout le territoire de l'Etat, un dénominateur normatif commun applicable dans toutes les Communautés autonomes.

Bien que toutes les CCAA aient adopté des lois sur la fonction publique, celles-ci ne contiennent pas de différences notables et sont donc assez similaires.

Une mention doit être faite à deux matières voisines, bien que très différentes. La législation en matière de procédure juridictionnelle est entièrement réservée à l'Etat, qu'importe s'il s'agit de la juridiction sociale ou de celle contentieuse administrative (les deux ordres s'intègrent dans le pouvoir judiciaire qui est unique et les juges et magistrats sont simplement spécialisés car ils appartiennent au même corps). La législation de base et le régime économique de la sécurité sociale sont réservés à l'Etat ; l'exécution peut être assurée par les CCAA, bien que ce domaine constitue une source de conflits permanents entre certaines CCAA (le Pays Basque et la Catalogne, notamment) car les moyens humains et matériels n'ont jamais été transférés, en prenant appui sur le principe de la caisse unique.

---

[34] Ces pouvoirs ont finalement été transférés à la Catalogne en 2010, même si tout un montage institutionnel ad hoc a été nécessaire pour accompagner le transfert des effectifs. En 2011, le transfert à la Communauté autonome du Pays Basque a eu lieu.

[35] Il a fallu adopter une loi pour organiser tout le dispositif, la loi 23/2015.

IV. L'affirmation des droits et des libertés : le temps des convergences. Un dualisme présent au sein des administrations publiques, nuancé par un socle commun de règles

L'adoption de la Constitution a eu un très fort impact puisque droit public et droit privé reposent, depuis 1978, sur des bases communes : les droits fondamentaux et les libertés publiques, les principes[36] et les valeurs constitutionnelles. Ce socle constitutionnel commun est encore plus dense pour le droit du travail et le droit de la fonction publique, dans la mesure où la liberté syndicale, le droit de grève et le droit de négociation collective créent une dynamique de forts rapprochements entre deux ordres juridiques qui auparavant reposaient sur des principes et des institutions opposés : contrat vs statut, consentement vs autorité. Un système binaire, fondé sur la coexistence du régime statutaire et du régime contractuel, qui fonctionnaient comme deux ordres absolument séparés. Le nouveau régime démocratique des droits et des libertés introduit par la Constitution, qui forme la base de tout l'ordonnancement juridique, a opéré comme une rupture et altéré les rapports entre les différentes pièces qui constituent l'ensemble. L'irruption de la dynamique de négociation collective, que la démocratie a provoquée, a profondément modifié la conception du droit du travail, ainsi que la conception du droit de la fonction publique, même si une intégration totale n'a jamais été envisageable.

Suite à l'adoption de la Constitution, le droit du travail a subi une profonde transformation. La dynamique des relations collectives de travail a signifié une mutation de la manière d'appréhender le rapport individuel que le contrat suppose. La relation entre l'employeur et le travailleur n'est en effet plus conçue comme un contrat individuel qui fixe les obligations et les devoirs des parties ; il s'agit, au contraire d'un document ouvert aux stipulations des conventions collectives qui lui fournissent son contenu concret en matière de conditions de travail.

Etant donné que, de longue date, l'administration recrute des agents contractuels sous le régime du droit de travail, le dualisme d'ordres juridiques s'est incrusté au sein des administrations publiques ; le dualisme du personnel fait partie du paysage organisationnel espagnol. Dans les lignes qui suivent, nous nous focaliserons sur le phénomène de dualisme du personnel au sein de l'administration et laisserons de côté l'évolution des rapports propres au contrat de travail dans l'entreprise.

---

[36] Les droits énoncés aux art. 39 à 52 de la Constitution ne sont pas susceptibles d'être directement invoqués devant le juge. Il est nécessaire que la loi soit intervenue préalablement. Par contre ces droits constituent des « *principes recteurs de la politique économique et sociale* » qui, en tant que tels, doivent être pris en considération par la législateur, l'administration et le juge (art. 53.3).

A. Les administrations post-constitutionnelles : la normalisation du dualisme

1. L'option pour un régime de fonction publique ou un régime de contrat assujetti au droit du travail

La construction de l'état des autonomies – avec l'affirmation de l'autonomie des Communautés autonomes et des Collectivités locales – et le développement de nouvelles tâches de l'administration liées à la garantie des droits – apparition des services publics d'éducation, de santé et d'aide aux personnes – proclamés par la Constitution ont provoqué une profonde transformation de la place et du rôle des administrations publiques en Espagne. Ce changement a fortement accentué un processus déjà présent dans l'administration de l'Etat depuis les années soixante mais cantonné aux postes subalternes : la *travaillisation* des agents publics. La création des CCAA ainsi que celle de nouveaux départements dans l'administration centrale (environnement, culture, santé, protection des consommateurs, *etc.*) et le renforcement des Collectivités locales pour faire face aux nouveaux besoins et aux nouvelles demandes des citoyens ont conduit à une croissance de l'administration dans une période assez brève ; la plupart des nouveaux postes ont été occupés par des agents au bénéfice d'un contrat de travail.

Parallèlement, l'affirmation des droits et des libertés liés au monde du travail – droit de grève, liberté syndicale, négociation collective – et le *poids* des nouveaux entrants ont favorisé un changement de culture au sein de l'administration, surtout au niveau des CCAA et des Collectivités locales ; les anciennes frontières semblaient s'affaiblir, surtout dans le domaine du droit du travail, où celui-ci semblait offrir à l'administration ses solutions dans les relations collectives, alors que le droit de la fonction publique ne fournissait aucune ressource car le contexte du régime politique précèdent n'avait pas permis de construire un encadrement juridique du pouvoir de commandement de l'autorité administrative susceptible d'influencer les conditions d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.

Dans ce contexte, le clivage initial, qui fonde, en principe, le dualisme juridique des relations de travail, se présente comme un artifice dépourvu d'une base solide. D'un côté, le droit du travail est fondé sur le consentement des parties, qui sont sur un pied d'égalité et qui concluent un contrat. Ce contrat, qui est un instrument de formalisation de l'échange, est perçu de manière spéciale lorsqu'il est ouvert ou dépendant des devoirs et obligations établis par les conventions collectives. De l'autre côté, le droit de la fonction publique repose sur un rapport entre personnes inégales, rapport qui écarte le consentement comme source des obligations et impose le statut comme expression du pouvoir unilatéral de l'administration ; toutefois, ce statut finit par être limité au cadre établi par le législateur – de la fonction publique ou des finances annuelles ; le pouvoir hiérarchique n'est pas

formalisé, mais véhiculé dans l'informel, et les conditions de travail sont négociés collectivement.

Ainsi, au sein de l'administration publique un double vecteur de transformation a poussé dans la direction d'une « *privatisation* » de la fonction publique pour les uns[37], ou d'une « *travaillisation* » pour les autres[38] . D'un côté, l'importance quantitative des agents avec un contrat de droit du travail et, de l'autre, l'impact des droits et libertés dans le droit propre et spécifique des fonctionnaires.

La création des Communautés autonomes a accompagné le développement de l'Etat social – et l'éclosion des services publics d'éducation et santé, fondamentalement. Cet élément structurel permet de comprendre la typologie et les caractéristiques des employés des administrations des différentes Communautés autonomes. Car, si les premiers effectifs de ces administrations provenaient des transferts de personnel de l'administration de l'Etat – et dans quelques territoires des Collectivités locales de deuxième niveau, les « *Diputaciones* » provinciales –, ce personnel s'est montré très vite insuffisant pour fournir les services publics que les expectatives et les besoins citoyens requéraient dans le nouveau contexte démocratique et social. Les administrations des Communautés autonomes, ainsi que celles des Collectivités locales, se sont vite retrouvées confrontées à une demande de provision de services sans disposer des ressources humaines nécessaires. Le recrutement a été fait rapidement, comme dans le secteur privé, avec des procédures « *très légères* » et un faible encadrement législatif.

Il faut insister sur le fait que la loi sur les fonctionnaires civils de l'Etat de 1964 permettait déjà le recrutement de salariés avec un contrat de travail, surtout en dehors des grands corps de l'Etat ; à l'époque où la loi avait était élaborée, l'administration réalisait très peu de fonctions, car elle était presque cantonnée aux missions régaliennes. L'inadéquation entre le développement des administrations et le cadre légal était donc évidente. L'inadaptation du droit positif à la nouvelle réalité du pluralisme territorial et des services publics a été en partie abordé par la loi sur les mesures de réforme de la fonction publique (1984), mais avec des règles peu efficaces, et surtout, en octroyant une liberté de choix dans la détermination du régime juridique des postes de travail.

Ainsi, au-delà des établissements publics et des entreprises publiques, les administrations publiques ont recruté un nombre important d'effectifs avec un contrat de droit du travail – et initialement aussi avec un contrat de travail – ainsi que du personnel éventuel (c'est-à-dire du personnel nommé sur la base de simples critères de confiance politique) ; tout un

---

[37] JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ et d'autres auteurs faisant partie de la doctrine du droit administratif, comme MIGUEL SANCHEZ MORÓN, GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES et FEDERICO CASTILLO BLANCO.

[38] Surtout la doctrine du droit du travail, ANTONIO MARTIN VALVERDE, TOMÁS SALA FRANCO et JOSÉ MANUEL LÓPEZ GÓMEZ.

éventail de positions bien éloignées de la conception traditionnelle de l'administration. Cette apparente liberté de choix du régime des employés répondait à des facteurs conjoncturels et aussi structurels, d'un côté les défaillances du cadre légal et de l'autre l'absence d'une culture institutionnelle forte, construite par opposition au privé ; le démarrage des nouvelles administrations s'est produit dans un environnement où les propos du *new public management* triomphaient.

Dans les premiers temps, le recrutement des agents et la soumission du rapport au droit du travail ont été perçus comme un atout de flexibilité. Le contrat de travail a, en effet, dans la mesure où le contraire n'est pas explicitement indiqué, une durée indéterminée ; la stabilité est donc aussi assurée quand le rapport est fondé sur le contrat de travail. Cette caractéristique explique également le succès du droit de travail dans l'administration publique, employeurs et employés y trouvant des avantages. Paradoxalement, dans un premier temps, pour les dirigeants des administrations des Communautés autonomes et des Collectivités locales, le fait de n'être pas encadré par la loi suppose plus de flexibilité que les contraintes que peuvent supposer les conventions collectives de travail. En outre, en tant que le contrat est présumé de durée indéterminée, les employés sont apparemment aussi bien protégés que s'ils étaient des fonctionnaires.

Et l'on ne peut pas ignorer que la garantie du poste de travail face au renouvellement des élus suite aux élections avait été perçue, par le passé, comme le trait caractéristique du régime de fonction publique, occupant une place allant bien au-delà du caractère unilatéral de la constitution du rapport. On ne peut non plus méconnaître le rôle que joue, dans d'autres systèmes juridiques, le binôme loi-règlement/instructions dans la détermination des conditions de travail, qui est écarté au profit des conventions collectives négociées avec les grands syndicats.

Les juges et la dynamique syndicale vont modifier ces pratiques et reconduire le système.

2. Un dualisme limité par la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence ordinaire en application de la Constitution. Une jurisprudence qui renforce les différences dans l'application du droit du travail en fonction de la nature publique ou privée de l'employeur

D'une part, les juges, en appliquant la Constitution, ont réaffirmé les principes et valeurs du droit administratif, ce qui, par conséquent, a limité la place du droit de travail. Le choix de l'administration dans la détermination du régime juridique applicable aux postes de travail a été éliminé car il incombe au législateur de décider des critères que l'administration devra ensuite appliquer. La discipline juridique du contrat de travail a été fortement encadrée car le contrat ne peut avoir une durée indéterminée lorsque le recrutement n'a pas respecté les principes constitutionnels qui régissent l'accès à

l'administration. L'égalité, le mérite et la publicité du concours doivent donc être respectés.

L'arrêt 99/1987 du 11 juillet a déclaré contraire à la Constitution certaines dispositions de la loi sur les mesures de réforme de la fonction publique de 1984. Tel a notamment été le cas de l'article qui permettait au ministre (ou à son homologue des gouvernements des CCAA) de décider quels postes étaient réservés aux fonctionnaires. L'arrêt a établi qu'il est conforme à la loi de fixer les modes de provision des postes de travail au service des administrations publiques. Cette réserve de la loi est le corollaire de l'option de la Constitution pour un système de fonction publique ; une préférence pour un régime statutaire de la fonction publique, qui ressort implicitement des art. 103.3 (mandat au législateur pour adopter un statut de la fonction publique) et 1491.18 (distribution de compétences entre l'Etat et le législateur en matière de fonction publique) que nous avons préalablement examinés. Pour adapter la loi de 1984 aux règles constitutionnelles, le législateur a adopté la loi 23/1988. Dès lors, le principe en vertu duquel l'accomplissement de fonctions publiques doit être le fait de fonctionnaires assujettis à un régime statutaire est devenu la règle générale[39]. Si l'arrêt de la Cour constitutionnelle a consacré le principe selon lequel les postes de l'administration doivent être occupés par des fonctionnaires publics, de sorte que ce n'est que de manière exceptionnelle que de tels postes peuvent être attribués à des salariés au bénéfice d'un contrat de droit du travail, il n'a, par contre, pas déclaré contraire à la Constitution la coexistence au sein des administrations publiques d'un modèle de carrière et d'un modèle de poste. Certains auteurs considèrent cette dualité de systèmes non seulement comme difficile à gérer mais également comme une contradiction insurmontable à cause de leur caractère opposé. L'autolimitation de la Cour constitutionnelle acquiert sa cohérence dans la perspective de la distribution territoriale du pouvoir législatif : l'option pour l'un ou pour l'autre sera un choix du législateur de développement des bases.

Cet arrêt de la Cour Constitutionnelle a déclenché un processus de « *fonctionnarisation* » dans toutes les administrations publiques, et préalablement, la modification des lois des Communautés autonomes qui avaient suivi les critères de la loi de 1984.

La jurisprudence de la Cour Suprême (salle du social) a contribué aussi de manière décisive à encadrer l'application du droit du travail par les administrations publiques. En effet, conformément à la loi sur les fonctionnaires de 1964, quand l'administration passe un contrat de droit du travail avec du personnel, elle doit agir dans tous les rapports au même titre qu'un employeur privé, sans exercer ses prérogatives ; elle est donc tenue de respecter les mêmes règles que les autres employeurs (arrêt 205/1987 de la Cour

[39] ENTRENA CUESTA RAFAEL, El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional, en AAVV : Estudios sobre la constitución española de 1978 en Homenaje al Profesor E García de Enterría, Madrid, éd. Civitas, 1991.

Constitutionnelle). Cette construction avait fait l'objet de fortes objections car elle ne prenait pas en considération la distinction sur laquelle se fondait le clivage entre les deux ordres juridiques. L'ordonnancement du travail trouve ses origines dans la protection du travailleur face à la prévalence de l'employeur et pour éviter que l'application formelle du principe d'égalité des parties contractantes impose des conditions de travail inférieures à celles établies légalement. Par contre, la source du droit de la fonction publique ne répond pas aux mêmes principes, car il ne s'agit plus de défendre la position de l'employé face à l'administration, mais de garantir l'accomplissement de l'intérêt général et le respect des principes constitutionnels qui l'assurent, notamment en matière d'accès.

L'application de ces principes constitutionnels et la défense de la position de l'administration publique dans la satisfaction des intérêts généraux a conduit à une modulation ou dérogation de l'application des règles contenues dans le Statut des travailleurs. Bien que les hésitations aient mené à une certaine confusion, en 1996, un arrêt de la Cour Suprême a finalement établi une règle jurisprudentielle que nous verrons par la suite.

La question s'est posée, dans les domaines où le droit du travail impose, comme conséquence d'une fraude ou d'une irrégularité dans l'utilisation des contrats de travail, une sanction en vertu de laquelle un contrat temporaire devient un contrat de durée indéterminée. L'administration a certainement abusé de la possibilité de passer des contrats temporaires et, dans ce contexte, le recrutement n'a pas suivi les mêmes conditions que les lois imposaient pour la sélection du personnel fixe. En effet, la loi de 1984, au même titre que les lois des Communautés autonomes et la loi de base des Collectivités locales, exigeait le plein respect des principes constitutionnels d'égalité et de mérite dans le recrutement du personnel avec un contrat de travail. Mais certains auteurs et une certaine ligne jurisprudentielle ont soutenu pendant longtemps, que si l'administration agissait au mépris des lois administratives, l'application du droit du travail et notamment de la loi sur le Statut des travailleurs imposait qu'elle soit sanctionnée par la conversion de la nature du contrat comme le principe de légalité propre au droit du travail l'exigeait.

Finalement, en 1996, la Cour Suprême a adopté une position[40] – dite intermédiaire –, en vertu de laquelle l'application des principes constitutionnels s'oppose à ce que ceux qui n'ont pas passé les épreuves préalables accèdent à l'emploi public pour une durée indéterminée. De cette façon, la modalité du contrat est respectée quant à sa durée, mais, par contre, la position subjective des travailleurs recrutés sans tenir compte des principes constitutionnels ne sera pas équivalente à celle des travailleurs fixes. Cela implique que l'administration devra organiser les épreuves sélectives correspondantes – réaliser un

[40] Arrêt du 20 janvier 1998 adopté par la salle du social dans le cadre d'un recours en cassation pour unifier la doctrine. D'autres arrêts ont suivi par la suite.

concours –, de sorte que si le travailleur ne réussit pas, cette situation sera considérée comme une « *cause licite* » d'extinction du rapport.

La nature de l'employeur a également mené à une application différenciée du droit de la négociation collective entre les travailleurs du secteur privé et les agents contractuels de l'administration assujettis au droit du travail. La question s'est initialement posée en relation avec la possibilité d'introduire, dans la loi annuelle sur les finances, une limitation de la croissance maximale des rémunérations pour le personnel au bénéfice d'un contrat de travail. La règle a été insérée en 1984 et a été reprise successivement par la suite. La controverse avait trait au fait que l'on puisse traiter de manière différente les travailleurs du privé de ceux de l'administration, malgré le cadre légal commun. La Cour Constitutionnelle, dans son arrêt 96/1990, a considéré comme pleinement justifié le fait qu'il existe un régime salarial et de négociation différent pour les travailleurs des entreprises privées et ceux de l'administration ; selon cette jurisprudence, cette différence n'était pas contraire au droit à l'égalité consacré par la Constitution (art. 14), dans la mesure où l'employeur est tout à fait différent, dès lors qu'il est au service de l'intérêt général. Nous relèverons à ce propos que la Constitution avait déjà établi une portée différente en matière de négociation collective.

B. Un dualisme de rapports au sein de l'administration fortement encadré par l'introduction de principes juridiques communs en matière d'accès et de négociation collective

Comme nous l'avons vu jusqu'à présent, l'emploi public dans les administrations publiques espagnoles a un caractère dual : il existe des fonctionnaires et des salariés contractuels de droit de travail. Cette caractéristique n'est pas présente de manière uniforme car des spécificités existent en fonction des tâches dont sont responsables les différentes administrations présentes dans le territoire ; la place qu'a occupé le courant dit du *new public management* (surement plus important en Catalogne qu'au Pays Basque) au moment de la construction de l'état des autonomies explique également ces distinctions. Cette perspective a dû être nécessairement prise en considération au moment de l'élaboration du Statut de base de l'employé public. Dans ce contexte de diversité, le principe d'une uniformisation du régime de l'emploi public était peu concevable et souhaitable. Le processus de contractualisation et d'application du droit du travail avait une portée qui rendait stérile toute volonté de renverser de manière abrupte une tendance soutenue et appuyé par des courants de l'opinion publique et par certains milieux académiques (notamment au sein des plus prestigieuses écoles d'administration des affaires). La limitation constitutionnelle des compétences législatives et exécutives de l'Etat allait dans la même direction. Mais bien sûr il fallait donner satisfaction au mandat

constitutionnel d'un statut des fonctionnaires et à son corollaire, la règle de la préférence des agents avec un statut de fonction publique.

La question n'était plus de savoir s'il fallait se diriger vers une fonctionnarisation forcée ou vers une contractualisation généralisée, mais il s'agissait désormais d'adopter une **réglementation unitaire arrêtant le contenu minimal de toute relation d'emploi public**[41]. Il était nécessaire de veiller à ce que cette règlementation tînt compte du fait que les principes constitutionnels auxquels l'administration publique était soumise puissent s'appliquer au régime de tout le personnel, indépendamment du fait que ledit régime soit régi par des normes de droit administratif ou de droit du travail.

Comme nous l'avons préalablement remarqué, si la Constitution de 1978 faisait appel à un statut de la fonction publique, celui-ci n'a toutefois été édicté que bien plus tard, en 2007, soit à un moment où le paysage des administrations publiques espagnoles, les tâches du secteur public et le taux des personnels présentaient des différences notables par rapport à la situation qui prévalait lors de l'adoption de la Constitution. Le texte adopté reflète cette situation, et, pour cette raison, son périmètre est allé au-delà de la fonction publique. En 2007, le législateur a en effet adopté le Statut de base de l'employé public, qui fait office de loi-cadre pour l'ensemble des agents publics de toutes les administrations.

Pour réaliser cette démarche, il a fallu recourir à *un supra-concept*, celui d'employé public, et développer ce que certains auteurs ont nommé la conception matérielle de fonction publique. Ce procédé a permis de considérer que les employés publics qui n'avaient pas le statut légal de fonctionnaires, du fait que leur lien avec l'administration n'était pas un rapport de droit public, réalisaient des fonctions publiques et de sauvegarde de l'intérêt général. Il peut être utile de partir de la situation espagnole en 2007, où environ 1'546'598 fonctionnaires et 671'921 personnes au bénéfice d'un contrat de droit du travail étaient occupés dans l'ensemble des administrations. Ainsi, la notion d'» *employé public* » utilisée par le statut de base de l'employé public vise clairement deux groupes d'agents ; en d'autres termes, le statut de base des employés publics s'applique à toute personne qui travaille dans une administration publique espagnole, et vise donc aussi bien les fonctionnaires, que le personnel au bénéfice d'un contrat de droit du travail.

L'idée d'un statut commun aux différents personnels des administrations publiques tire son origine d'une approche partagée par la doctrine du droit du travail et celle du droit administratif et selon laquelle il devait y avoir un socle commun de principes et de règles pour les fonctionnaires et les employés qui avaient un contrat relevant du droit du travail. Quelle est l'originalité du statut de base de l'employé public, et que suppose-t-il ? Il

[41] Comme l'a très bien décrit le Président de la Commission pour l'étude et la préparation du Statut de base de l'employé public, SANCHEZ MORÓN MIGUEL, Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público, Revista catalana de derecho público, 1999, 24.

suppose que le contrat relevant du droit du travail soit fortement encadré, désormais, par le statut de l'employé public, alors, qu'auparavant, dans le système mis en place pendant le franquisme, une application pure et dure du droit du travail avait cours. Il y a donc, maintenant, un certain nombre de règles communes aux fonctionnaires et aux salariés contractuels – des règles qui sont communes, bien que la nature juridique du rapport soit différente. Ces règles constituent un socle commun pour des éléments qui sont essentiels et qui, non par hasard, ont leur tête de chapitre dans la Constitution.

En matière d'accès à l'emploi, tout d'abord, il faut évoquer le recrutement et la sélection, pour lesquels les principes et les règles sont communs. Les principes, les règles, mais aussi les critères de composition des organes de recrutement sont établis directement par le statut de base de l'employé public. Nous avons déjà expliqué le fondement de cette communauté de règles et comment, pour éviter que la logique du contrat à durée indéterminée ne protège la situation du travailleur alors même qu'il aurait été recruté au mépris des principes constitutionnels, la Cour Suprême (salle du social) avait créé une figure intermédiaire, en écartant d'une certaine manière l'application du Statut des travailleurs afin de préserver l'application des principes constitutionnels. Cette idée a été reprise avec une grande force dans le statut de base de l'employé public, par l'établissement de principes communs sur les organes de sélection, afin d'écarter le rôle des syndicats dans le processus de recrutement – et notamment dans les jurys – des employés liés par un contrat de travail, car jusqu'à ce moment, les syndicats étaient très forts lorsqu'il s'agissait d'embaucher du personnel par le biais d'un contrat de travail.

Ensuite, les droits et les devoirs sont les mêmes, ainsi que le code de déontologie et le régime disciplinaire applicables, que l'on soit fonctionnaire ou employé contractuel. Pour bien comprendre la portée de cette homogénéisation relative, il faut insister sur le fait que le contrat de droit administratif est toujours exclu ; autrement dit, quand il y a un contrat, il s'agit donc d'un contrat relevant du droit du travail.

Le statut prévoit aussi un système d'évaluation de la performance commun, même si celui-ci n'a toutefois, pour l'instant, encore jamais été appliqué. Le cadre légal général des rémunérations est également identique, bien qu'il faille tenir compte du fait que quand il s'agit de personnel avec un contrat de droit de travail, le lien avec la convention collective respective est fort. Les instruments de planification et de gestion des ressources humaines sont aussi, en principe, les mêmes ; dans ce domaine, il faut cependant relever que les reformes du droit du travail effectuées pendant la crise économique ont essayé d'écarter l'application desdits instruments, en adoptant directement, par le biais de la loi (souvent approuvées en procédure d'urgence), les mesures applicables.

Si les administrations disposent de fonctionnaires et de contractuels, elles sont alors obligées de considérer conjointement les deux types d'employés qui, en principe, peuvent ne pas exercer les mêmes fonctions. En effet, si la loi réserve aux fonctionnaires l'exercice

des fonctions d'autorité et de défense de l'intérêt général, on peut toutefois également rencontrer des fonctionnaires dans des emplois hors de ce périmètre réservé ; cela dépend des administrations.

Comme nous l'avons vu auparavant, le droit à la négociation collective des fonctionnaires n'est pas directement inscrit dans la Constitution. Il est l'œuvre du législateur, qui peut conditionner sa portée, notamment en modulant le caractère contraignant des conventions collectives[42]. Le législateur du Statut de base de l'employé public a posé les règles de la participation des fonctionnaires à la détermination des conditions de travail : établissement des organes de négociation, détermination des matières incluses et exclues de la négociation et fixation de la portée des accords collectifs. Ces accords, une fois approuvés, deviennent de véritables normes juridiques et acquièrent une force suffisante pour développer et compléter les lois en lieu et la place des règlements. En réalité, les accords collectifs entretiennent avec les règlements un rapport qui n'a pas de caractère hiérarchique, mais qui est structuré sur la base de la compétence matérielle.

En principe, la représentation, la participation et la négociation collective du personnel au bénéfice d'un contrat de droit du travail sont réglementées par le droit du travail, mais des spécificités sont prévues. Ainsi, le caractère obligatoire des conventions collectives est explicitement reconnu par le Statut de l'employé public, mais, cette reconnaissance s'accompagne d'une exception. Une cause grave d'intérêt public dérivée d'une altération substantielle des circonstances économiques permet en effet aux organes du gouvernement des différentes administrations publiques de suspendre ou de modifier l'application des conventions déjà signées, dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt public.

Les traits qui caractérisent la négociation collective des fonctionnaires sont les suivants : i) un monopole syndical[43], ce qui signifie que la négociation revient au syndicat le plus représentatif (c'est-à-dire au syndicat qui a obtenu dans un domaine territorial et fonctionnel spécifique 10 % ou plus des déléguées des organes de représentation unitaire) ; ii) l'exigence que la négociation collective des fonctionnaires publics respecte les principes de légalité, de couverture budgétaire, de bonne foi dans la négociation, de publicité et de transparence ; iii) le fait que les accords doivent être approuvés par les organes du gouvernement des différentes administrations publiques.

Les grands syndicats confédéraux ont joué un rôle considérable dans le développement de la négociation syndicale au sein des différentes administrations publiques. Cette présence a aussi joué un rôle de moteur dans le processus d'osmose qui existe entre les règles du statut de l'employé public applicables aux fonctionnaires et les règles du personnel

---

42 Pour plus de détail, MALARET/MAURI MAJOS (note 16).

43 Le Statut de base de l'employé public renvoie à la loi organique sur la liberté syndicale (1985).

disposant d'un contrat de travail. Ces syndicats ont également occupé une place importante dans le processus d'adoption du statut de base des employés publics. Cette convergence entre ordres juridiques induite par la présence active des grands syndicats a également permis d'introduire des mesures de coordination comme la création d'une « *table générale de négociation* » pour la négociation de conditions de travail communes aux agents statutaires et aux agents contractuels. Cet organe est présent à chaque niveau territorial de l'administration publique (Etat, Communauté autonome et Collectivité locale). Il faut encore préciser qu'une instance générale pour toutes les administrations publiques a été créée dans le but de négocier l'augmentation globale des rémunérations du personnel des administrations publiques ; celle-ci sera ensuite incorporée dans la loi annuelle sur les finances de l'Etat.

V. En guise de conclusion : le temps des divergences dans un ordre juridique où l'exercice des libertés syndicales est remis en question par la crise économique et par le taux de chômage qui l'accompagne

La crise économique et le fort taux de chômage[44] qu'elle a induit ont entraîné une réforme en profondeur du droit du travail. Depuis 2012, on a profondément remanié le Statut des travailleurs. Cette réforme a modifié le cadre légal existant de la négociation collective sur deux aspects essentiels. D'un côté, la convention d'entreprise semble occuper le centre du nouveau schéma ; bien que la réalité soit plus complexe, surtout dans un contexte où il existe de nombreuses petites (ou même très petites) entreprises, les organisations syndicales et patronales préfèrent continuer à négocier à un niveau plus large. De l'autre côté, la loi s'oppose, désormais, à ce que les conventions collectives déploient des effets au-delà du temps initialement prévu (phénomène que certains qualifiaient d'*ultractivité* des conventions). La combinaison de ces deux règles a notablement affaibli la position des syndicats. Par le passé, la plupart des grandes réformes qui avaient eu une incidence notable sur le monde du travail avaient été le fruit de grands accords sociaux, accords qui avaient favorisé la légitimité et l'influence des syndicats et des organisations patronales. On peut se demander si la transformation du cadre légal du droit du travail a sonné le glas de cette conception des rapports collectifs que la démocratie et la Constitution avaient initiée.

[44] Au moment de finir ce travail, le taux de chômage reste supérieur à 21 % de la population.

Les modifications successives du Statut des travailleurs ont considérablement renforcé les possibilités de licenciement, en augmentant les motifs de licenciement autorisés et en réduisant les indemnisations. L'élargissant des motifs de licenciement, avec l'admission du principe selon lequel un congé peut être donné même s'il repose seulement sur des causes objectives, a provoqué une forte judiciarisation du conflit. Parallèlement, le fait que le législateur a accordé aux administrations publiques la faculté de licencier pour des motifs d'ordre économique (c'est-à-dire pour des raisons d'ordre budgétaire) – faculté qui s'étend également aux licenciements collectifs[45] – a transformé la dynamique de convergence que la constitutionnalisation des droits de grève, de liberté syndicale et de négociation collective avait créée dans les rapports de travail.

La réforme du droit du travail a introduit une césure dans le processus d'hybridation des fonctionnaires et du personnel avec un contrat de travail en admettant le licenciement individuel et collectif du personnel disposant d'un contrat indéfini et fixe pour des raisons d'ordre strictement économique. Les administrations sont ainsi en droit de procéder à des licenciements si elles ont un déficit budgétaire ou si elles accusent une diminution des recettes de 5 % dans l'année en cours ou de 7 % par rapport à l'année antérieure. A cela s'ajoute une forte réduction des indemnités de licenciement. La réduction du nombre d'employés publics a été effectuée au détriment de ceux qui avaient un contrat relevant du droit du travail, étant donné que les fonctionnaires sont protégés par le statut de l'employé public qui consacre l'*inamovibilité*, comme le seul droit réservé uniquement aux fonctionnaires.

Dans la mesure où la réforme du Statut des travailleurs a contribué de manière décisive à la précarisation des conditions de travail du secteur privé, elle a eu comme effet indirect un renforcement de l'identité et de la spécificité de la fonction publique. Si comme nous l'avons remarqué, le trait distinctif du droit espagnol de la fonction publique réside dans la stabilité du rapport, l'on constate cependant que le Statut de base des employés publics a réservé le droit à l'*inamovibilité* aux fonctionnaires, alors même que les divergences s'accentuent au sein de l'administration publique elle-même.

Si que le système binaire mis en place par la Constitution et la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle semblait connaître un certain brouillage de la frontière quand il s'agissait d'employés publics, les réformes récentes du droit du travail et surtout les politiques mises en place pour réduire le nombre d'effectifs du secteur public, ont conduit à une nouvelle délimitation des frontières, dans la mesure où les fonctionnaires ont été moins affectés vis-

[45] PALOMAR OLMEDA ALBERTO, El despido colectivo en el ámbito del sector público : una perspectiva desde los primeros pronunciamientos judiciales ; RODRIGUEZ-CAMPOS SONIA (dir.), El empleo público en tiempos de crisis, Madrid, éd. Marcial Pons, 2014.

à-vis de leur poste de travail, puisque seules leurs conditions économiques ont été touchées de manière significative (horaires allongés, rémunérations et permissions réduites).

Mais si les divergences réapparaissent quand l'on place le régime juridique du poste de travail au cœur des rapports juridiques – statutaire ou contractuel –, par contre les convergences réapparaissent si l'on examine le traitement juridique actuel des conventions collectives de travail. En effet, les lois sur les finances des différentes Communautés autonomes et de l'Etat ont suspendu l'application des conventions collectives de travail dans le secteur public. Parallèlement, dans le secteur privé, la clause légale qui empêche de prolonger dans le temps l'efficacité des conventions jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par les suivantes a un effet équivalent. Ainsi le rôle et la place des conventions collectives sont réduits, le rapport de travail se « *réindividualise* » et les rapports au sein des administrations publiques récupèrent leur caractère autoritaire ou unilatéral au détriment de la participation et de la négociation que permettaient les conventions collectives.

L'ampleur des changements introduits à partir de 2011 dans le droit du travail et indirectement dans le droit de l'emploi public nous permet de conclure en nous demandant si nous sommes au temps des réformes ou des contreréformes. Alors même que la réforme de l'administration est encore un grand chantier sans aucun ordre ni concert[46]. Pendant cette longue période de crise, les gouvernements, par le biais des lois sur les finances annuelles, ont seulement procédé à des réductions d'effectifs et à des réductions de rémunérations[47].

[46] RAMIÓ CARLES, La administración que se espera después de la crisis, in : RODRIGUEZ-CAMPOS SONIA (dir.), El empleo público en tiempos de crisis (note 45).

[47] SANCHEZ MORÓN MIGUEL, Ajustes y reformas en el empleo público, in : RODRIGUEZ-CAMPOS SONIA (dir.), El empleo público en tiempos de crisis (note 45).

JEAN-PIERRE LABORDE

Droit français du travail et droit français de la fonction publique, unification ou convergence ?

Sommaire Page

I. Introduction 379

II. De quelques raisons de ne pas se poser en France la question de l'unification du droit du travail privé et du droit de la Fonction publique 380
A. Cohérence et cohésion du droit de la Fonction publique en France 381
1. Importance du secteur public et de la Fonction publique en France 381
2. La force du droit de la Fonction publique en France 381
B. Différences et distinction du droit de la Fonction publique et du droit du travail français 382
1. Différences d'appartenance 382
2. Différences dans la systématisation juridique 383

III. De la réalité et de la portée d'une tendance croissante à la convergence du droit français du travail et du droit français de la Fonction publique 386
A. Réalité indéniable de la tendance à la convergence 386
B. Portée limitée de la tendance à la convergence 389

IV. Conclusion 390

I. Introduction

En France, l'idée d'une unification du droit du travail privé et du droit de la Fonction publique n'est pas d'actualité ou, du moins, ce n'est pas sous cette forme que se présente la discussion, qui est pourtant redevenue ces derniers temps assez vive, sur les places et rôles respectifs du secteur privé et de la Fonction publique. Comme il ne s'agit bien sûr aucunement d'une tendance à la fonctionnarisation du droit du travail privé, on se doute que la polémique concerne le point de savoir s'il n'y a pas trop de fonctionnaires et s'il ne conviendrait pas d'ouvrir au secteur privé ou de privatiser des activités relevant aujourd'hui, en tout ou en partie, du secteur public.

Ainsi, en septembre 2015, l'actuel Ministre de l'Economie dans le Gouvernement de Monsieur Valls, Monsieur Emmanuel Macron, a-t-il déclaré, alors qu'il était invité par le think tank de Gauche En temps réel, que le statut de la fonction publique ne lui paraissait

plus nécessairement adéquat, ajoutant qu'il ne voyait pas ce qui justifie que certains cadres de son ministère bénéficient d'un emploi garanti à vie, et pas les responsables de la cybersécurité d'une entreprise[1]. Même si, dans le même entretien, Monsieur Macron se défendait de développer là une idée de droite et ajoutait que la réforme qu'il souhaitait n'avait vocation à s'appliquer qu'à un certain nombre de missions, cette déclaration a fait grand bruit, au point de conduire le président de la République, Monsieur François Hollande, à saisir la première occasion de faire, quelques jours à peine plus tard, l'éloge de la Fonction publique et des fonctionnaires[2].

Quelle que soit l'issue de ce débat, il est sans doute intéressant de se demander pourquoi c'est lui et non pas la question de l'uniformisation des relations de travail qui s'impose en France. Il vaut aussi d'observer qu'au-delà des différences et des divergences très souvent signalées, se développe une tendance à la convergence, au moins partielle, de nombreuses dispositions et solutions du droit du travail privé et du droit de la Fonction publique. Au-delà de discussions et de querelles qui peuvent paraître assez vaines, cette tendance à la convergence est sans doute le phénomène le plus significatif de la période contemporaine dans notre pays (*infra*, III.). Pour forte qu'elle soit, une telle tendance ne saurait cependant aucunement être confondue avec l'unification du droit du travail et du droit de la fonction publique (*infra*, II.).

II. De quelques raisons de ne pas se poser en France la question de l'unification du droit du travail privé et du droit de la Fonction publique

Voilà un intitulé qu'il faut tout de suite expliquer. Ce qui en France n'est pas imaginable, c'est la disparition, directe ou indirecte, du droit de la Fonction publique, fût-ce dans le cadre d'une « *fusion* » avec le droit du travail privé. Pour quelles raisons ? Les unes tiennent à la cohérence, au moins relative, du droit actuel de la Fonction publique et à

[1] Propos rapportés par la revue *Challenges* et cités sur le site du journal *Libération* le vendredi soir 18 septembre 2015.

[2] Ainsi en décorant un fonctionnaire de l'Ordre national du mérite à la préfecture de Corrèze, François Hollande a-t-il salué dans le récipiendaire « *un fonctionnaire d'Etat, un fonctionnaire attaché à son département de la Corrèze et, comme je le suis, attaché à son statut* ». Et de poursuivre : « *Voilà pourquoi je voulais saluer à travers vous toute notre fonction publique, les fonctionnaires de l'Etat, territoriaux et hospitaliers. Etre fonctionnaire, ce n'est pas être dans une position figée, ce n'est pas refuser la modernité, être fonctionnaire, c'est, au contraire, être toujours capable d'anticiper de prévoir et de servir* ». On remarquera cependant que la dernière phrase est relativement ambiguë car on peut se demander si le chef de l'Etat décrit la réalité de la Fonction publique ou ce qu'il souhaiterait qu'elle devienne…

l'attachement qui reste assez fort à la Fonction publique et au secteur public dans l'opinion publique française. Les autres relèvent des différences manifestes entre le droit de la fonction publique et le droit du travail.

A. Cohérence et cohésion du droit de la Fonction publique en France

1. Importance du secteur public et de la Fonction publique en France

Selon les derniers chiffres publiés par l'Insee le vendredi 17 avril 2015 et rapportés sur le site *BFM TV*, *BFM Business*, du 17 avril 2015, l'Etat, les collectivités locales et les hôpitaux publics employaient 5.6 millions de salariés à la fin de l'année 2013, soit 1.5 % de plus qu'un an plus tôt. La France n'aurait jamais compté autant de fonctionnaires de toute son histoire.

Comme l'observent les journalistes qui les citent, ce sont des chiffres qui donnent du grain à moudre à ceux qui réclament à cor et à cri une diminution de la dépense publique et qui montrent que la baisse relative des effectifs constatée en 2010 et en 2011 n'a pas été durable, d'autant que l'on constate une tendance de l'Etat à transférer certains emplois vers d'autres opérateurs publics que lui-même. On remarque aussi un développement des contrats aidés dans la Fonction publique[3], ce qui n'est certes pas entièrement surprenant, le Gouvernement et le Président de la République ayant rappelé leur attachement aux politiques d'insertion destinées aux jeunes éloignés du marché du travail mais qui renforcent encore la tendance à l'accroissement réel des effectifs. Et c'est une tendance qui montre aussi la force de l'idée même de fonction publique en France et avec elle celle du droit de la fonction publique.

2. La force du droit de la Fonction publique en France

Cette force tient sans doute pour une assez large part aux grandes caractéristiques de l'ordonnancement juridique français.

Selon l'art. 1er al. 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

[3] 48'000 personnes de plus qu'en 2013, soit une hausse de 36 % du nombre des personnes concernées.

S'agissant de la question qui nous intéresse ici, on retiendra surtout que la France est une République indivisible et que c'est seulement son organisation qui est décentralisée. La structure de l'Etat est donc unitaire et en rien fédérale. Certes, cela ne signifie pas que la législation française soit en tous points et en tous endroits du territoire homogène, il existe ainsi certains droits locaux, par exemple sous forme de règles particulières, en Alsace-Moselle ou dans les collectivités d'Outre-Mer, mais pour l'essentiel la loi est la même pour tous et l'organe légiférant est le Parlement français. Et il en est ainsi notamment pour tout ce qui concerne le droit de la fonction publique. De ce point de vue, le droit de la fonction publique paraît plus réellement homogène que le droit du travail dans la mesure où ce dernier, tout en relevant de la loi, est également le produit d'une négociation collective qui peut être très diverse selon les branches et selon les entreprises. L'idée de l'unification du droit du travail et du droit de la fonction publique ne peut donc aucunement être portée en France par la plus grande homogénéité que le droit du travail présenterait par rapport au droit de la fonction publique. Et comme il n'est évidemment pas question de faire pour autant du droit de la fonction publique un modèle pour le droit du travail, on comprend que l'uniformisation ne soit pas à l'ordre du jour.

B. Différences et distinction du droit de la Fonction publique et du droit du travail français

La distinction nette entre le droit de la fonction publique et le droit du travail repose sur un jeu de différences significatives et en définitive très diverses. On peut toutefois tenter de les regrouper en distinguant des différences d'appartenance et des différences de systématisation.

1. Différences d'appartenance

Même si le droit du travail français ne s'applique pas seulement aux salariés du secteur privé[4], ceux-ci constituent tout de même l'essentiel des personnes au travail qu'il concerne. A l'opposé, le droit de la fonction publique relève de toute évidence du droit public.

Or, à l'intérieur de l'ordre juridique français, la distinction du droit public et du droit privé apparaît comme une distinction majeure, comme une *summa divisio*. Elle caractérise aussi bien les règles substantielles que l'organisation juridictionnelle. S'agissant

[4] Le droit du travail s'applique aussi à certains personnels du secteur public employés dans des conditions de droit privé, sous réserve du statut spécifique dont ils peuvent par ailleurs relever. Quant aux agents publics non statutaires, qui sont des contractuels de droit public, ils ne relèvent pas directement du droit du travail mais se voient cependant appliquer par la jurisprudence certains principes généraux qui inspirent le droit du travail. Sur ces questions, *cf.*, notamment, MAZEAUD ANTOINE, Droit du travail, 9e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux 2014, nos 23 ss, pp. 19-21.

particulièrement de l'organisation juridictionnelle, il existe un ordre juridictionnel judiciaire, avec au sommet la Cour de cassation, et un ordre juridictionnel administratif, avec au sommet le Conseil d'Etat, les éventuels conflits de compétence relevant, toujours au sommet, du Tribunal des Conflits.

Le contentieux de la fonction publique relève strictement des tribunaux administratifs. Celui du travail est davantage partagé entre juridictions judiciaires, pour la majorité du contentieux, et juridictions administratives, par exemple quand le contentieux concerne une décision d'un Inspecteur du travail.

Certes, si elle reste tout à fait opératoire, la distinction du droit privé et du droit public ne doit pas être exagérée, l'une des tendances du droit contemporain étant en effet à la surmonter ou à la dépasser parfois. Pour autant, cette distinction reste tout à fait opératoire et, du reste, son dépassement est bien davantage le fait du droit du travail que celui du droit de la fonction publique.

Il existe donc un régime juridique du travail de droit privé, et un autre régime juridique, relevant du droit public, pour la Fonction publique. On distingue donc, très clairement, le droit du travail et le droit de la Fonction publique.

Pour s'en tenir au premier, qui concerne pour l'essentiel les relations de travail entre particuliers, il relève d'une législation propre, consignée, ici aussi pour l'essentiel, dans le Code du travail, et, au contentieux, d'une juridiction spécifique en première instance, les Conseils de prud'hommes, et, en appel et en cassation, des juridictions judiciaires de droit commun, les Cours d'appel et la Cour de cassation.

Il faut cependant observer qu'une partie du droit du travail penche vers le droit public, dans la mesure où l'Administration du travail – et spécialement l'Inspection du travail –, composée de fonctionnaires, veille sur la bonne application du droit du travail dans les entreprises et est appelée, dans le cadre de cette fonction, à prendre des décisions susceptibles de faire grief. Dans ce cas, le contentieux relève des juridictions administratives (Tribunaux administratifs en première instance, Cours administratives d'appel en appel, Conseil d'Etat en appel et en cassation). La compétence des juridictions administratives est suffisamment importante pour que le contentieux du travail soit parfois présenté comme relevant d'un pluralisme juridictionnel.

2. Différences dans la systématisation juridique

Il en est tout d'abord ainsi du point de vue des sources, encore que, sur ce terrain, les différences ne soient pas toujours nécessairement où on pourrait les attendre.

Du point de vue de ses sources et au regard du droit du travail dans d'autres pays, le droit français du travail se caractérise par le rôle de premier plan qu'il donne à la loi et donc aux sources dites hétéronomes du droit. Il s'agit ici d'une caractéristique déjà ancienne et

constante et qui n'est pas fondamentalement remise en cause aujourd'hui, même si, ici ou là, des appels sont lancés en faveur d'une plus grande autonomie des partenaires sociaux.

La législation du travail est intégrée pour l'essentiel dans une codification, qui remonte elle-même aux premières décennies du vingtième siècle. Le droit français du travail est donc pour l'essentiel un droit codifié, aussi bien du reste pour ce qui est de la législation proprement dite que pour ce qui est des décrets d'application.

Il est permis de considérer que la codification est une œuvre de rationalisation et du reste sa présentation se veut aujourd'hui rationnelle et en quelque sorte scientifique.

Il faut cependant ajouter que tout le droit du travail n'est pas dans le code, à la fois en raison de l'importance des sources européennes et internationales et aussi des sources négociées.

Au premier chef, on rappellera que la France a ratifié un grand nombre de conventions de l'OIT et que, en tant que membre de l'Union européenne, elle applique sur son sol le droit européen communautaire, droit dérivé comme droit originaire.

Au second titre, il faut bien sûr insister aujourd'hui sur l'importance de ce que l'on appelle parfois le droit conventionnel du travail, c'est-à-dire l'ensemble des règles issues de la négociation collective, des conventions et accords collectifs.

Le rôle de la négociation collective en droit français du travail a longtemps été assez simple à présenter. Il s'est agi pour l'essentiel d'une négociation collective de branche, dont les accords, du moins certains d'entre eux, étaient susceptibles d'être étendus à l'ensemble de la branche par arrêté du Ministre du travail, et qui ne pouvaient de toute façon déroger à la loi que dans la mesure où ils étaient plus favorables que la loi aux salariés (dérogation *in melius* ou ordre public social).

La négociation de branche, l'extension de certains accords collectifs de branche et la dérogation *in melius* n'ont évidemment pas disparu aujourd'hui. Pour autant, ils ne sont plus seuls dans le paysage puisque la négociation d'entreprise a pris un réel essor depuis 1971 et que les accords d'entreprise peuvent déroger aux accords de branche dans un sens qui n'est plus nécessairement plus favorable aux salariés dès lors que les accords de branche ne leur interdisent pas de le faire et que l'on ne se trouve pas dans les matières où la dérogation donnant-donnant et non pas nécessairement *in melius* est exclue.

Bien entendu, dans la mesure où la négociation collective n'est plus nécessairement plus favorable aux salariés, le législateur français est plus soucieux que par le passé de la représentativité réelle des syndicats appelés à engager les salariés (réforme de la représentativité syndicale par la loi du 20 août 2008, ainsi que des conditions de signature des accords collectifs par les syndicats représentatifs).

Cette évolution, qui va dans le sens d'une plus grande contractualisation du droit du travail, pourrait laisser penser que le droit du travail français contemporain, loin de se prêter à une convergence avec le droit de la fonction publique, s'en éloigne en réalité davantage. Il est vrai qu'il s'agit là d'un éloignement sur le terrain des sources du droit et qu'il n'a pas nécessairement son pendant sur le terrain substantiel.

Il faut cependant convenir que l'application du droit du travail continue à reposer pour l'essentiel sur l'existence du contrat individuel de travail, qui est la véritable base de la relation de travail. Tout autre est bien sûr la situation des fonctionnaires, qui est de nature statutaire et règlementaire. Quant aux conventions collectives, si naturellement elles s'imposent aux contrats de travail, elles ne s'incorporent pas à eux en droit français du travail, de telle sorte qu'à l'expiration de la convention collective, les clauses contraires des contrats de travail reprennent effet, sauf respect des avantages individuels acquis.

Les différences sont également très nettes du point de vue du droit substantiel.

Ainsi, s'agissant de la sécurité de l'emploi, il reste vrai qu'elle demeure beaucoup plus forte dans le droit de la fonction publique qu'en droit du travail. Les fonctionnaires de l'Etat jouissent d'un statut de titulaire qui n'a pas d'équivalence en droit du travail.

Les différences sont également et même plus encore manifestes, comme nous l'avons déjà vu, en matière de contentieux, le contentieux de la Fonction publique relevant en effet des juridictions administratives, celui des relations de travail majoritairement des juridictions judiciaires. De plus, et c'est moins connu, les différences sont également très nettes du point de vue de la loi applicable.

C'est un point qui n'est sans doute pas assez souligné dans les discussions sur le rapprochement possible voire l'unification du droit du travail et du droit de la fonction publique. Rien n'empêche en effet que le contrat de travail sur un emploi privé, relève, si les parties le souhaitent, d'une loi étrangère. Certes ce n'est sans doute pas fréquent et de toute façon la loi étrangère éventuellement choisie par les parties ne pourra pas priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui aurait été compétente à défaut de choix, dans la plupart des cas la loi du lieu de l'accomplissement habituel du travail[5], mais il n'en demeure pas moins qu'il y a là une possibilité dont on voit mal qu'elle puisse être étendue aux emplois publics. De plus, l'application de la loi étrangère aux contrats concernant l'emploi privé ne restera pas nécessairement marginale. Nous touchons ici une limite en quelque sorte structurelle à tout

[5] On se reportera à l'art. 8 du Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 4 juillet 2008, pp. 6-16.

processus d'unification pure et simple du droit du travail et du droit de la fonction publique, seul le premier pouvant à l'occasion relever d'une loi étrangère.

Pour autant l'impossibilité logique de l'unification, en tout cas d'une unification qui se voudrait radicale, n'exclut ni n'empêche des rapprochements significatifs.

III. De la réalité et de la portée d'une tendance croissante à la convergence du droit français du travail et du droit français de la Fonction publique

A. Réalité indéniable de la tendance à la convergence

L'hypothèse d'une tendance à la convergence des deux branches du droit français que sont le droit du travail (privé) et le droit de la fonction publique est tout à fait intéressante et solide tant le jeu des influences entre elles est déjà particulièrement fourni.

Il convient cependant de distinguer selon que l'une et l'autre branches du droit subissent l'influence de normes différentes ou supérieures ou selon qu'il s'agit d'influences venant de l'une des deux branches du droit et inspirant l'autre (dans ce cas d'ailleurs il est assez clair que ce jeu d'influences est réciproque et bilatéral), ou enfin selon que des normes issues de l'une des deux branches du droit s'appliquent aussi, telles quelles dans l'autre (c'est alors un jeu d'exportation et importation, qui existe vraisemblablement seulement dans le sens droit du travail-droit de la fonction publique, par exemple pour ce qui concerne le droit syndical).

Ainsi existe-t-il des principes généraux ou d'ordre constitutionnel (principes généraux du droit ou principes fondamentaux) qui sont applicables aux relations de travail dans les deux secteurs, tels l'égalité de traitement, la non discrimination, l'égalité entre les sexes, le droit à un traitement équitable, le droit d'être entendu, le principe de proportionnalité des sanctions. Ces principes fondamentaux s'imposent dans les deux branches du droit concernées, en vertu du jeu classique de la hiérarchie des normes et ce d'autant que le respect de ces hiérarchies a eu une nette tendance à se renforcer dans le droit français contemporain, qui connaît un phénomène très net que l'on pourrait appeler de constitutionnalisation[6].

[6] Le rang du droit constitutionnel doit être en effet souligné puisqu'il s'agit des normes les plus élevées dans l'ordre juridique interne. Le contrôle de leur respect par les normes inférieures et spécialement par la loi ordinaire a cependant longtemps été fort limité, faute de toute juridiction constitutionnelle

Ainsi encore l'existence de rapprochements dans les deux sens, en droit substantiel, est tout à fait évidente, à différents points de vue.

Il est tout d'abord des terrains importants sur lesquels le droit de la fonction publique a influencé le droit du travail privé et sans doute continue à le faire. L'exemple le plus topique est celui des sanctions disciplinaires, longtemps laissées au pouvoir de l'employeur sous le seul contrôle de l'abus et aujourd'hui relevant d'un véritable droit disciplinaire, directement inspiré de celui de la fonction publique, aussi bien quant aux garanties de procédure que quant aux garanties de fond. Il est d'autant plus intéressant d'observer qu'il y a aussi, et très récemment, toujours en matière disciplinaire, un exemple inverse d'influence du droit du travail sur le droit de la fonction publique, même si cette influence, tout en étant reconnue, est assez étroitement mesurée. Ainsi le projet de loi rectifié sur les droits et obligations des fonctionnaires, actuellement en discussion au Parlement, prévoit-il de mettre fin à l'imprescriptibilité de l'action disciplinaire dans la

avant 1958. Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, si elle a en effet créé un Conseil constitutionnel, ce fut dans un premier temps dans le dessein presque exclusif de contrôler que le législateur n'outrepasse son domaine de compétence désormais limité et n'empiète pas sur les compétences nouvelles du pouvoir réglementaire. Du reste, le Conseil constitutionnel ne pouvait être saisi que par les plus hautes autorités de l'Etat. La situation a cependant profondément évolué en deux temps. Tout d'abord, à partir d'une décision de 1971, le Conseil constitutionnel a accepté d'englober dans un véritable « *bloc de constitutionnalité* » non seulement les dispositions de la Constitution proprement dite, concernant surtout les rapports entre les différents pouvoirs, mais aussi les dispositions figurant dans le Préambule de la Constitution de 1958, qui font de surcroît référence au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Or ce Préambule est particulièrement riche en principes fondamentaux, qui concernent notamment, directement ou indirectement, aussi bien le droit du travail que le droit de la Fonction publique. En second lieu la loi de révision constitutionnelle de 2008 a permis aux juridictions administratives et judiciaires de saisir le Conseil constitutionnel pour lui demander de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative susceptible de s'appliquer dans un litige, si la conformité de cette disposition à la Constitution leur paraît poser un problème réel et sérieux, en tant qu'elle pourrait mettre en cause les droits et libertés garantis par la Constitution. C'est ce que l'on appelle la question prioritaire de constitutionnalité, qui a été depuis 2008 assez souvent invoquée sur le terrain du droit du travail. Comme on le voit, sans pour autant que les simples particuliers puissent directement saisir le Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité est aujourd'hui exercé beaucoup plus effectivement en France qu'il ne l'était il y a quelques décennies.

Fonction publique[7], rapprochant ainsi le régime de l'action disciplinaire dans la Fonction publique de celui de l'action de l'action disciplinaire en droit du travail[8].

Il y en d'autres à l'inverse où c'est plutôt les progrès en droit du travail qui influencent le droit de la fonction publique et c'est notamment le cas de tout ce qui concerne le développement contemporain de l'hygiène et de la sécurité au travail. On ne doit pas non plus négliger la place importante qu'a prise dans la Fonction publique la négociation collective même si, en raison de la nature réglementaire et unilatérale de la situation du fonctionnaire, les accords conclus entre l'Etat et les organisations de fonctionnaires ne peuvent avoir ni la nature ni la force obligatoire des accords collectifs de travail.

En troisième lieu, et c'est sans doute l'une des tendances les plus significatives aujourd'hui, le droit de la fonction publique comme le droit du travail sont engagés dans un processus puissant de reconnaissance et de promotion des droits fondamentaux des travailleurs et des personnes et du respect de leurs libertés essentielles comme aussi dans la lutte contre toutes les discriminations. La constitutionnalisation du droit français, déjà signalée par nous, va du reste dans ce sens puisque les dispositions du Préambule de la Constitution font clairement partie de ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité.

Comme on le voit, si l'unification des régimes n'est guère envisageable, le rapprochement et la parenté de nombre de leurs inspirations ne sont plus discutables. Pour autant, il subsiste des obstacles très forts à une unification pure et simple, dont certains ont un caractère radical.

---

[7] Selon l'art. 12 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 7 octobre 2015, le délai de prescription serait en principe de trois ans. A noter aussi que la Cour d'appel administrative de Marseille a déjà jugé en 2011 (arrêt du 13 décembre 2011, n° 09MA03062) que l'autorité publique investie du pouvoir disciplinaire devait engager son action dans un « *délai raisonnable* ». Il est à noter que le principe d'un délai de prescription de trois ans est devenu de droit positif avec la promulgation et l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (*cf.* art. 36 et 37 de la loi modifiant respectivement et dans les mêmes termes l'article 19 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et l'article L. 4137-1 du code de la défense).

[8] En réalité, le rapprochement concerne davantage le principe même de la prescription que sa durée. Sur le premier point, le Rapport fait à l'Assemblée Nationale au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République par Madame la députée Descamps-Crosnier souligne que « *L'imprescriptibilité peut être présentée comme une anomalie en comparaison avec le droit du travail et comme une dérogation substantielle au critère européen d'un délai raisonnable* » mais ajoute que « *un délai de prescription de trois ans…constitue un compromis raisonnable entre l'imprescriptibilité qui prévaut actuellement et la règle de deux mois du code du travail, dont la portée est trop spécifique pour être transposée au droit de la fonction publique* ». Où l'on voit que s'il y a bien influence, il n'y a pas pour autant transposition pure et simple. Où l'on voit aussi que l'influence est aussi celle du droit européen.

B. Portée limitée de la tendance à la convergence

Le premier et principal obstacle à l'unification est sans doute qu'elle n'est pas, au moins en apparence, explicitement à l'ordre du jour.

Elle ne l'est évidemment pas dans les courants de l'opinion attachés à la Fonction publique, à la fois par principe, en raison de ses valeurs, et en raison des garanties non négligeables qu'elle donne à ses agents.

Elle ne semble pas non plus l'être chez ceux qui, estimant le nombre des fonctionnaires trop élevé, voudraient réduire le cercle des agents de la fonction publique aux fonctions d'autorité et de souveraineté. Il est clair en effet que, dans cette dernière hypothèse, le nombre des fonctionnaires se réduirait en même temps que s'élargirait l'empire du droit du travail, qui pourrait par exemple concerner une grande partie des enseignants, mais que, pour autant, la distinction d'un régime de droit privé du travail et d'un régime de droit public ne disparaîtrait pas. Il faut cependant ici observer que, au fond, la réduction de la Fonction publique aux fonctions de pure souveraineté reviendrait en définitive à soumettre toutes les autres fonctions à un seul régime, qui serait celui du droit du travail. Le débat sur la réduction ou non de la Fonction publique aux seules fonctions de souveraineté et d'autorité est donc la forme particulière que prend en France le débat sur l'unification des régimes du travail.

Le second obstacle à l'unification tient sans doute à la considération que, ne pouvant se faire que dans le sens d'une absorption du droit de la fonction publique par le droit du travail, elle n'aurait de sens que si cette absorption avait des avantages manifestes, en tout cas des avantages tels qu'ils justifient la rupture avec la tradition française clairement éloignée de cette unité. Or, outre l'attachement assez général au service public et l'existence d'une véritable culture de service public en France, autant d'éléments majeurs qui ne plaident pas en faveur d'un alignement du droit de la fonction publique sur le droit du travail qui, de toute façon, serait très vivement combattu dans les rangs de la fonction publique et particulièrement par les syndicats, traditionnellement au moins relativement forts sur ce terrain, il faut signaler aussi une difficulté, moins immédiatement intuitive, mais sans doute assez forte dans la période actuelle. Cette difficulté tient à la considération que le régime français du travail privé serait aujourd'hui, en toute hypothèse, trop complexe et de toute façon ne serait pas réellement homogène. Il faudrait, dit-on, simplifier le droit du travail. Ce souhait n'est plus seulement celui de milieux patronaux habitués à l'exprimer. Il est désormais aussi, même si c'est dans un esprit différent, assumé par une partie de la doctrine la plus autorisée, comme le montre le petit ouvrage Le travail et la loi, récemment publié par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen. Il y aurait certes beaucoup

à dire sur cette thématique de la simplification du droit du travail[9] et sur la contribution qu'elle pourrait ou non apporter à une politique de l'emploi en quête éperdue de succès mais il est clair qu'elle ne fait pas du droit du travail dans son état actuel un modèle à imiter absolument.

Osons la comparaison, on peut se demander aujourd'hui si le droit de la fonction publique n'est pas en définitive plus simple que celui du travail privé. Il tombe donc sous le sens que l'unification des régimes du travail supposerait que le régime du travail soit fortement simplifié. S'engager dans cette voie, à supposer encore une fois qu'elle soit souhaitable, reviendrait peut-être à se donner beaucoup de tâches très difficiles à réaliser à la fois.

IV. Conclusion

En conclusion, on peut donc dire que l'hypothèse d'un droit uniforme des relations de travail en France n'a pas de chance sérieuse de se réaliser dans un avenir prévisible. Si elle peut certes se réclamer d'une volonté de rupture parfois revendiquée par certains acteurs de la vie politique, il est assez peu probable qu'elle rencontre un assentiment suffisamment large pour espérer prospérer. En revanche la tendance à la convergence de nombreuses dispositions du droit du travail et du droit de la fonction publique n'est pas niable, chaque fois qu'il s'agit des droits fondamentaux de l'homme et de la femme au travail, quel que soit le cadre juridique dans lequel ce travail s'exerce. Cette tendance est déjà une réalité et c'est elle qu'il faut amplifier sans doute.

[9] Bornons-nous à observer, sans crainte de cultiver le paradoxe, que le thème de la simplification du droit du travail est pour l'heure l'un des moins simples et des moins clairs qui soient, tant il peut répondre à des conceptions si diverses qu'elles en sont parfois clairment opposées. Du reste ce thème de la simplification est-il vraiment propre au droit du travail ? Et enfin le droit peut-il être simple dans des sociétés complexes ?

CHARLES FORTIER

Le cas de la France : du statut général des fonctionnaires à un code général des relations professionnelles ?

Sommaire

		Page
I.	Les éléments d'identité du droit français de la fonction publique	394
	A. Le principe statutaire comme garant de l'intérêt général	394
	1. La distinction du grade et de l'emploi pour les fonctionnaires	394
	2. La situation statutaire des agents publics contractuels	395
	3. L'absence de valeur normative des accords collectifs	396
	B. Une déontologie dédiée au service public	397
II.	Droit de la fonction publique et droit privé du travail : un fonds commun	398
	A. Des principes de même nature et de même portée	398
	B. Des droits et garanties communs	399
	C. Des lois et règlements qui s'imposent à tous les employeurs	400
III.	Des convergences de plus en plus structurantes entre les deux régimes	402
	A. L'apparition d'une « approche-métiers » dans la fonction publique	402
	B. La progression du contrat individuel	403
	C. L'individualisation de l'évaluation et de la rémunération des fonctionnaires	404
	D. La montée en puissance des négociations collectives	406
IV.	En guise de conclusion : vers un code général des relations professionnelles ?	407
V.	Bibliographie	409

Les convergences entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail, étudiées à l'échelle de l'Europe dans le cadre du présent colloque, sont observées depuis plusieurs années en France où, pourtant, une conception singulière de la séparation des pouvoirs, liée à l'importance accordée à l'intérêt général et consacrée comme principe constitutionnel[1], signifie que l'administration doit avoir son propre juge en raison de la

[1] Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 : « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative*

spécificité de ses missions, et que ce juge doit être indépendant. Le dualisme juridictionnel qui en a découlé, faisant cohabiter la juridiction historique, judiciaire, avec la juridiction administrative, a permis d'affirmer l'autonomie – par rapport au droit privé – d'un droit public de l'administration ; et a conduit aux XIX^e^ et XX^e^ siècles à l'élaboration progressive d'un véritable système juridique, régissant spécifiquement l'action administrative – le « *droit administratif* ». Le droit de la fonction publique en est une composante : aussi trivial soit-il, ce rappel est essentiel pour bien comprendre les enjeux et les limites des rapprochements qui s'opèrent entre ce droit de la puissance publique, applicable à ses agents, et le droit privé du travail.

Le droit de la fonction publique s'est en effet construit dans la cohérence générale du droit administratif, c'est-à-dire dans la différenciation – pour autant qu'elle soit justifiée par des considérations d'intérêt général – par rapport au droit civil ; tandis que le droit privé du travail s'affirmait lui-même par son affranchissement du code civil, suivant fondamentalement un objectif de protection de la « *partie faible* » au contrat de travail. C'est ainsi que dans leur éloignement respectif du droit civil, le droit de la fonction publique et le droit du travail ont pris des trajectoires différentes, le premier favorisant l'expression de la puissance publique tandis que le second s'efforçait d'endiguer les abus de la puissance privée.

Aussi est-il logique que le cœur du code du travail soit la relation professionnelle : que la loi régisse la formation, l'exécution ou la rupture du contrat de travail, les règlements des différends, la négociation collective ou la défense des intérêts professionnels, elle a vocation dans cette matière à arbitrer entre des intérêts privés – ceux de l'employeur, et ceux du salarié qui se voit reconnaître des droits et libertés, individuels et collectifs, au travail[2]. Le statut général des fonctionnaires quant à lui, tout en régissant aussi la relation professionnelle entre les employeurs publics et les fonctionnaires, n'en fait pas son objet principal : son objet premier est de définir les modalités d'accomplissement des services publics, c'est-à-dire de fixer les conditions dans lesquelles doit être satisfait l'intérêt général – ce dont il tire des conséquences, secondairement, quant au régime juridique applicable aux agents. La loi du 13 juillet 1983, titre premier du statut général, a ainsi été conçue autour d'un corpus de principes communs à tous les fonctionnaires ; or si elle garantit bien sûr leurs droits et libertés, elle exprime essentiellement les obligations inhérentes à leur mission. C'est dire qu'en droit public, il ne s'agit pas de concilier des

l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

[2] Voir le rapport du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, présidé par Robert Badinter, remis au Premier ministre le 25 janvier 2016. Voir, éclairant ce travail, DUMORTIER GAËLLE/PECAUT-RIVOLIER LAURENCE, Naissance des principes essentiels du droit du travail, Revue de droit du travail 2016, p. 79.

intérêts particuliers, ni même d'octroyer des droits (qui naissent surtout, historiquement, comme contreparties des obligations liées à la théorie du service public) : la loi y est confirmée, dans les relations de travail, comme le premier instrument juridique de la régulation sociale et n'abandonne pas à la négociation, fût-elle collective, les modalités d'application des principes qu'elle pose car le service public, en un mot, ne saurait dépendre d'intérêts catégoriels.

Toutefois, d'importantes évolutions conduisent à interroger ce « *clivage initial entre consentement et autorité, fondement du dualisme juridique dans les relations de travail* »[3], qui semble se déliter à la faveur d'un puissant mouvement d'unification du droit. C'est ainsi que NICOLAS FONT, dans la thèse qu'il a consacrée au travail subordonné[4], démontre « *l'émergence de la notion de travailleur* », supplantant la distinction traditionnelle entre agent public et salarié ; l'auteur marque en outre « *le déclin de la distinction entre le droit du travail et le droit de la fonction publique* » par « *l'émergence d'un droit harmonisé des relations de travail* ». Dans la même logique, EMMANUELLE MARC et YVES STRUILLOU décrivent et questionnent, dans un article de référence[5], une « *recomposition des espaces normatifs* » où « *la portée structurante des exigences du service public* » constitue certes une « *altérité indépassable* » mais où une identité des règles applicables aux agents publics et aux salariés de droit privé apparaît soit acquise, soit concevable dans de nombreux domaines.

Les voies dérogatoires empruntées par le droit de la fonction publique d'une part et par le droit privé du travail d'autre part, liées à leur spécialité commune qui est de définir les principes et règles applicables aux personnels, pourraient-elles finalement se rejoindre ? L'identité que s'est construite en France le droit de la fonction publique paraît, *a priori*, s'y opposer (*infra*, I.). Force est de constater pourtant que leurs points de rencontre sont nombreux (*infra*, II.), et que les rapprochements qui s'opèrent actuellement entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail tendent à modifier en profondeur la conception de la fonction publique française[6] (*infra*, III.).

---

3 MARC/STRUILLOU, Droit du travail et droit de la fonction publique, p. 1171.

4 FONT NICOLAS, Le travail subordonné entre droit privé et droit public, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 85, Dalloz, Paris 2009.

5 MARC/STRUILLOU, Droit du travail et droit de la fonction publique, p. 1169.

6 Voir, par exemple, MELLERAY, Les réformes contemporaines de la fonction publique, p. 185.

I. Les éléments d'identité du droit français de la fonction publique

Beaucoup de différences ponctuelles avec le droit du travail sont certes négligeables, et d'ailleurs souvent en voie de résorption. Mais s'agissant de la France il est nécessaire, en commençant, d'insister sur la part irréductible d'exorbitance qui caractérise le droit de la fonction publique : bien au-delà des missions de souveraineté, dont la spécificité n'est pas contestée, l'intérêt supérieur du service public justifie aussi bien le maintien du principe statutaire dans ses diverses dimensions que, sur le fond, l'existence d'un certain nombre de principes qui ne sont pas applicables aux travailleurs du secteur privé.

A. Le principe statutaire comme garant de l'intérêt général

Réduire la logique statutaire aux domaines régaliens marquerait évidemment l'abandon, que nul ne réclame ouvertement, de la conception française du service public dont les principes, liés au choix du statut[7], conditionnent la pertinence et l'efficacité de l'action publique. Trois exemples, parmi tant d'autres possibles, illustreront ce propos.

1. La distinction du grade et de l'emploi pour les fonctionnaires

L'un des principes fondamentaux sur lesquels s'est construit et développé le droit français de la fonction publique est celui de la distinction du grade et de l'emploi[8], qui signifie que si le grade est détenu par l'agent (il en est « *titulaire* »), l'administration dispose quant à elle de l'emploi : selon sa définition législative, le grade a pour vocation de donner accès à plusieurs emplois, le principe de la séparation de l'emploi permettant à l'autorité hiérarchique d'affecter les agents d'un même grade à diverses fonctions.

Ce principe est donc propre à assurer la flexibilité souvent recherchée, en autorisant les redéploiements nécessaires : il constitue un instrument de mobilité efficace à la disposition de l'administration qui peut ainsi faire face aux besoins changeants du service, ou en d'autres termes répondre à l'une des grandes « *lois* » du service public – sa mutabilité.

On voit que la distinction du grade et de l'emploi est contraire au principe, tout aussi fondamental pour le droit privé du travail, de l'immutabilité du contrat de travail : cette immutabilité s'étend, notamment, à la nature du travail demandé.

---

7 Voir FORTIER, L'identité du droit français de la fonction publique, p. 105.

8 Art. 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

2. La situation statutaire des agents publics contractuels

Si, concernant cette fois les agents contractuels de droit public, le principe d'immutabilité du contrat s'applique, ce n'est que sous réserve des nécessités du service public. Par un arrêt *Berton* du 29 juin 2001[9], le Conseil d'Etat a certes dégagé un principe général du droit selon lequel l'employeur ne peut réviser les termes du contrat – y compris de droit public – qu'avec l'accord de l'agent ; mais cet alignement sur la jurisprudence judiciaire et sur l'art. 1134 du code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (rendu applicable au contrat de travail par l'art. L. 121-1 du code du travail) est loin d'être absolu pour les contrats signés entre l'administration et ses agents publics, le juge administratif précisant qu'il convient d'appliquer ce *principe* au cas par cas, et réservant les hypothèses dans lesquelles les nécessités du service public confié à la personne publique feraient obstacle à l'application du contrat.

Subsiste ainsi une spécificité des contrats de droit public, conforme à la situation en réalité statutaire des agents contractuels de droit public. En effet, en dépit de l'assise conventionnelle de leur lien avec l'administration, ces agents sont considérés depuis fort longtemps comme placés dans une situation statutaire[10]. A la fin des années 1970, le commissaire du gouvernement BRUNO GENEVOIS pouvait souligner le particularisme des contrats qui régissent les rapports des agents publics et de l'administration : « *l'aspect proprement contractuel est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent déterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine* »[11]. Aussi peut-on présenter comme mixte la situation des agents contractuels de droit public : le contrat signé au moment de l'entrée en fonctions est, en quelque sorte, un acte qui déclenche l'application d'un régime statutaire prédéfini – un « *acte-condition* » dans la terminologie de LEON DUGUIT. Dans les trois fonctions publiques, un décret régit en effet la situation des agents publics contractuels[12], dominée par les éléments réglementaires.

---

9 Conseil d'Etat, 29 juin 2001, *M. Berton c. SNCF*, recueil Lebon, p. 296 ; conclusions Sophie Boissard, Droit social 2001, p. 948 ; AJDA 2001, chron. p. 648.

10 Voir, immédiatement après l'adoption du statut pour les fonctionnaires, Conseil d'Etat, 7 mars 1947, *Demoiselle Chaminade*, recueil Lebon p. 99, et Conseil d'Etat, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, recueil Lebon, p. 464.

11 Conclusions sous Conseil d'Etat, 25 mai 1979, *Mme Rabut*, recueil Lebon p. 231, concl. p. 235.

12 Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 pour la fonction publique de l'Etat ; décret n° 88-145 du 15 février 1988 pour la fonction publique territoriale ; décret n° 91-155 du 6 février 1991 pour la fonction publique hospitalière.

Il est à cet égard significatif que la jurisprudence ait pu leur dénier – comme aux agents titulaires – tout droit au maintien de leurs conditions d'emploi[13], c'est-à-dire leur interdire de s'appuyer sur leur contrat pour s'opposer à l'application, à leur cas personnel, des modifications apportées aux textes qui régissent la catégorie à laquelle ils appartiennent. Plus récemment, le Conseil d'Etat a certes précisé que le contrat crée des droits au profit de son titulaire, mais il a dans le même temps indiqué, conformément à un principe ancien selon lequel toute clause non conforme aux textes, ou prévoyant la non application du statut, est illégale, que la situation statutaire dans laquelle se trouvent les agents publics, même contractuels, interdit toute contractualisation sur des questions traitées par les textes et donc bien évidemment toute clause contraire au statut, ce qui en cas d'irrégularité va jusqu'à fonder une obligation de régularisation pesant sur l'administration et pouvant avoir pour conséquence ultime le licenciement de l'agent[14]. Le contrat n'a donc bien qu'un champ d'application défini résiduellement par celui des textes législatifs et réglementaires : son existence n'a traditionnellement de justification que supplétive, même s'il est possible que son contenu ne reste pas indéfiniment accessoire[15].

3. L'absence de valeur normative des accords collectifs

Dans la logique de puissance publique inhérente au droit administratif français, laquelle vient au soutien de l'intérêt général dont le service public a la charge, aucune valeur normative n'est attachée à ce jour aux accords qui procèdent des négociations collectives relatives à la situation juridique des agents publics[16]. L'exclusivité normative est conservée à la norme unilatérale, dans une double distinction certes fragilisée mais pas abandonnée : celle, formelle, entre la nécessaire consultation des « partenaires sociaux » et la décision publique, prise par des autorités légitimes qui procèdent directement ou indirectement de la démocratie représentative ; celle, substantielle, entre l'aménagement d'intérêts catégoriels et la primauté de l'intérêt général.

En effet dans la tradition française, qui en cela s'oppose à la tradition anglo-saxonne, l'intérêt général que poursuit toute norme fixée unilatéralement – comme le statut général des fonctionnaires – se distingue clairement de la conciliation, par convention collective,

---

13 Conseil d'Etat, 2 mars 1949, Syndicat national du personnel civil des services des contrôles techniques, recueil Lebon p. 102.

14 Conseil d'Etat, 31 décembre 2008, *Cavallo*, AJDA 2009, p. 142 ; conclusions Emmanuel Glaser, RFDA 2009, p. 89 ; note Grégoire Calley, AJFP 2009, p. 153.

15 Voir plus loin, ainsi que la thèse de MACAIRE SOPHIE, La reconnaissance de la réalité juridique du contrat de recrutement en fonction publique, Université de Bourgogne, ANRT, 2008 ; GLENARD GUILLAUME, Les clauses proprement contractuelles du contrat de fonction publique, AJDA 2014, p. 1592.

16 Sur cette question, voir Conseil d'Etat, 22 mai 2013, *Fédération Interco CFDT et autres*, AJDA 2013, p. 2041, note Fabrice Melleray.

d'intérêts catégoriels qui pour être eux-mêmes collectifs n'en sont pas moins particuliers. Le mois d'octobre 2015 a donné une confirmation éclatante de cette hiérarchie avec la décision du Premier ministre de mettre en œuvre un projet d'accord sur les parcours professionnels, les carrières et les rémunérations dans la fonction publique, qui discuté depuis plusieurs mois, avait finalement été rejeté par une majorité de syndicats représentatifs. Les organisations professionnelles peuvent certes inspirer le législateur ou le pouvoir réglementaire ; mais ce sont les pouvoirs publics qui décident des règles applicables aux agents publics.

B. Une déontologie dédiée au service public

Pour MARCEL POCHARD, « *ce qui sera attendu du fonctionnaire en poste demain, ce sera plus que jamais le sens du service public et l'exemplarité professionnelle et déontologique* »[17]. Or la déontologie des agents publics complète les obligations statutaires en s'imprégnant des valeurs du service public[18], ce qui élargit considérablement le champ des comportements susceptibles d'être sanctionnés disciplinairement : il n'est pas nécessaire qu'un agent public ait méconnu une obligation formelle pour être sanctionné.

On sait d'ailleurs que la « *dignité des fonctions* » et le devoir général de probité obligent le fonctionnaire non seulement en service, dans l'exercice de ses fonctions, mais aussi jusque dans sa vie privée… alors qu'un salarié ne peut être sanctionné pour un fait commis dans sa vie privée, sauf retentissement particulier dans son entreprise. C'est que le fonctionnaire est dépositaire de l'image de sa collectivité, investi d'une responsabilité qui est publique : son comportement, où que ce soit, ne saurait porter atteinte à la réputation de l'administration comme le rappelle régulièrement la jurisprudence.

A titre d'exemples parmi tant d'autres, il est aussi possible de mentionner l'indépendance du fonctionnaire à l'égard de toute pression extérieure à son administration, et la protection fonctionnelle dont il bénéficie de la part de son employeur[19] ; elles ont pour corollaire un devoir de réserve qui limite leur liberté d'expression au nom de la neutralité de l'action administrative.

Enfin, les grands principes du service public fondent un régime juridique particulier pour les agents : par exemple, l'exigence de continuité du service public prive certains agents du droit de grève, et le limite pour d'autres ; et l'égalité des usagers devant l'administration impose à tous les agents publics les contraintes comportementales d'une neutralité

17 Cité par STRUILLOU, p. 2405.

18 Voir CHAMBON FRANÇOIS/GASPON OLIVIER, La déontologie administrative, 2e éd., LGDJ – Lextenso éditions, Paris 2015 (256 p.).

19 Art. 11 de la loi du 13 juillet 1983 précitée.

particulièrement rigoureuse[20] – notamment dans le champ religieux, dans une acception du principe de laïcité que ne connaissent pas les salariés[21].

Mais nonobstant ces caractéristiques identitaires qui ne sont remises en cause par personne, et que personne n'envisage de transposer au secteur privé, le droit de la fonction publique a en France un fonds de principes et de règles commun avec le droit du travail.

II. Droit de la fonction publique et droit privé du travail : un fonds commun

Pas plus que dans le paragraphe précédent, il n'est envisageable ici – ni possible, ni souhaitable – de rechercher l'exhaustivité : il s'agit seulement de montrer, par quelques exemples significatifs, que les deux systèmes, public et privé des relations de travail, entretiennent en France une intersection large, qu'il s'agisse de grands principes caractérisant la relation professionnelle, des droits fondamentaux des personnels, de législations générales ou même de simples choix d'organisation du travail.

A. Des principes de même nature et de même portée

S'ils ne sont pas exprimés de la même façon, nombre de principes sont de même nature et de même portée à l'égard des agents publics et des salariés de droit privé.

C'est ainsi, par exemple, que le « *principe hiérarchique* » du droit de la fonction publique a pour pendant, en droit du travail, le « *lien de subordination* » du salarié vis-à-vis de l'employeur : l'un et l'autre emportent un devoir d'obéissance qui caractérise la relation de travail.

De même l'emblématique « *intérêt du service* », qui constitue un élément central de justification de très nombreuses décisions en droit de la fonction publique, peut-il être

[20] Dès 1948, le Conseil d'Etat avait consacré le « *devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public* » ; Conseil d'Etat, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, recueil Lebon, p. 464 ; Sirey 1949, 3, p. 41, note Jean Rivero.

[21] Voir Conseil d'Etat, avis du 3 mai 2000, *Mademoiselle Marteaux*, AJFP 2000, p. 39 ; AJDA 2000, p. 602, chron. Mattias Guyomar et Pierre Collin ; RFDA 2001, p. 146, conclusions Rémy Schwartz ; voir aussi, sur le sujet, CEDH, 26 novembre 2015, Mme Ebrahimian c/ France, AJFP 2015, p. 32, comm. Alexis Zarca.

rapproché de l'« *intérêt de l'entreprise* » qui, en droit du travail, est aussi un « *standard d'appréciation de la légitimité d'une décision ou d'un comportement* »[22].

Il est encore possible de mentionner le rapprochement du droit de la fonction publique et du droit du travail dans le domaine des accidents professionnels : la concordance, qui résulte d'une véritable politique jurisprudentielle du juge administratif, est aujourd'hui presque totale entre les notions d'« *accident de service* » et d'« *accident du travail* », avant sans doute que les différences de traitement qui subsistent entre les agents publics et les salariés ne s'estompent complètement[23].

B. Des droits et garanties communs

Sont reconnus aux agents publics et aux salariés de droit privé, quel que soit leur emploi, de nombreux droits et garanties communs.

C'est bien sûr le cas de ceux qui sont liés aux engagements internationaux de la France. En particulier, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit au profit de l'ensemble des travailleurs des garanties procédurales en cas de poursuites disciplinaires (art. 6) ; elle interdit toute discrimination (art. 14) ; et reconnaît la liberté syndicale (art. 11), que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment interprétée comme devant bénéficier aux militaires français[24] – ce qui, dans la perspective du présent sujet, ne manque pas de sens.

Au-delà, le Conseil d'Etat dégage depuis longtemps des principes généraux du droit « *dont s'inspire le code du travail* » afin de combler la situation juridique lacunaire des agents publics non titulaires – à la condition, toutefois, que l'application de tels principes ne soit pas « *incompatible avec les nécessités de la mission de service public* » à laquelle participent les agents[25]. Pour exemple, c'est par ce procédé qu'a été posée l'interdiction de licencier un agent public en état de grossesse[26], qu'a été introduite l'obligation de

---

22 TEYSSIE BERNARD, L'intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail, Recueil Dalloz, Paris 2004, p. 1680.

23 Voir COURREGES, p. 160.

24 CEDH, 2 oct. 2014, n° 32191/09, ADEFDROMIL c/ France, et n° 10609/10, Matelly c/ France ; POISSONNIER GHISLAIN, La fin de l'interdiction absolue des syndicats au sein des armées, Recueil Dalloz, Paris 2014, p. 2560 ; TAILLEFAIT ANTONY, Militaires : restez groupés !, AJDA 2014, trib. p. 1969 ; ZARCA ALEXIS, L'Europe des droits de l'homme et la liberté syndicale des militaires, AJFP 2015, comm. p. 42 ; BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, AJDA 2015, chron. p. 158 ; LE ROUZIC LOUIS-MARIE, Vers la fin du « cantonnement juridique » des militaires ?, AJDA 2015, p. 204.

25 Conseil d'Etat, 1er juillet 1988, *Billard et Volle*, recueil Lebon, p. 268.

26 Conseil d'Etat, 8 juin 1973, *Dame Peynet*, recueil Lebon p. 406, conclusions S. Grévisse.

rémunérer un agent public au moins au niveau du SMIC[27], qu'a été fixée la règle de l'entretien préalable à toute sanction[28], ou qu'a été formulée l'obligation de reclassement d'un agent public physiquement inapte à son emploi[29].

C. Des lois et règlements qui s'imposent à tous les employeurs

Certaines lois sont, en quelque sorte, regardées comme d'ordre public et donc nécessairement de portée générale.

Il en va ainsi de la durée hebdomadaire du travail qui, sauf dérogation, est fixée par la loi à 35 heures pour les agents publics comme pour les salariés de droit privé.

La lutte contre les discriminations[30] d'une part, celle contre le harcèlement moral et sexuel[31] d'autre part, ont aussi donné lieu à des dispositions législatives applicables tant dans le secteur privé que dans la fonction publique[32].

Peuvent également être citées les règles relatives à la santé et à la sécurité au travail, qui protègent « *l'homme au travail* » en transcendant, comme il se doit en telle matière, les frontières des sphères professionnelles[33].

Mais il est aussi possible de mentionner des dispositions communes qui concernent la simple organisation du travail, ou le développement des carrières.

C'est ainsi que la réduction du temps de travail, en raison de son large champ d'application, a entraîné un alignement des administrations sur les entreprises au sujet de l'aménagement de ce temps de travail : en particulier, les premières ont calqué sur les secondes le mécanisme du « *compte épargne temps* »[34].

---

27 Conseil d'Etat, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Aragnou*, recueil Lebon p. 151.

28 Conseil d'Etat, 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes FO*, AJDA 1993, p. 682, chron. Christine Maugüe et Laurent Touvet.

29 Conseil d'Etat, 2 oct. 2002, *CCI Meurthe-et-Moselle c/ Fardouet*, AJDA 2002, p. 997 et 1294, conclusions D. Piveteau, note Marie-Christine de Montecler.

30 Loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

31 Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale.

32 Voir les art. 6 à 6 quinquiès de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

33 Voir MARC, Une protection accrue de la santé et de la sécurité, p. 2284.

34 Voir les décrets n° 2002-634 du 29 avril 2002 portant création du compte épargne-temps dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature, n° 2002-788 du 3 mai 2002 relatif au compte épargne-temps dans la fonction publique hospitalière, n° 2004-878 du 26 août 2004 relatif au compte

De même le « *droit individuel à la formation* » tout au long de la vie professionnelle, introduit dans le code du travail par la loi du 4 mai 2004[35], a-t-il été étendu au profit des agents des trois fonctions publiques par la loi du 2 février 2007[36] ; depuis le 1er janvier 2015, le « *compte personnel de formation* »[37] bénéficie aux seuls salariés mais a vocation à être étendu, à son tour, aux agents de la fonction publique comme l'a été avant lui le droit individuel à la formation.

Il est encore possible de mentionner, signe des temps qui s'affranchit du dualisme juridique, le développement du télétravail : la loi du 12 mars 2012[38] a prévu que les fonctionnaires « *peuvent exercer leurs fonctions dans le cadre du télétravail tel qu'il est défini au premier alinéa de l'article L. 1222-9 du code du travail* », lequel était en effet créé dans le même mouvement par une loi du 22 mars de la même année[39]. Un décret du 11 février 2016 est venu fixer les conditions et modalités de mise en œuvre du télétravail dans la fonction publique et la magistrature[40], après qu'un accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, précédant la loi, avait concerné le secteur privé pour être généralisé par un arrêté du 30 mai 2006[41].

Ainsi constate-t-on que d'importantes réformes ont importé dans le droit de la fonction publique des solutions propres au droit privé du travail. Si les choix avaient jusqu'alors été différents, ces rapprochements témoignent de l'absence d'incompatibilité, dans les domaines concernés, entre le statut général des fonctionnaires et le code du travail.

D'autres évolutions, inspirées aussi par le code français du travail et/ou par le droit de l'Union européenne – ce qui constitue dans les deux cas un rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail –, affectent cette fois le statut général des fonctionnaires et sont, quant à elles, réellement structurantes.

épargne-temps dans la fonction publique territoriale. Le compte épargne temps avait été introduit dans le secteur privé par la loi, dite loi Giraud, n° 94-640 du 25 juillet 1994.

35 Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

36 Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

37 Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

38 Art. 133 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012.

39 Art. 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

40 Décret n° 2016-151 du 11 février 2016.

41 Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail.

III. Des convergences de plus en plus structurantes entre les deux régimes

Ces évolutions manifestent, globalement, le délaissement progressif dans la fonction publique d'une logique de carrière – qui voit l'agent public, à partir de la réussite à un concours et de l'attribution d'un grade lui donnant vocation à exercer différentes fonctions, s'inscrire dans une situation statutaire – au profit d'une logique d'emploi, plus précisément axée sur l'exercice d'un métier particulier, qui facilite l'approche contractuelle dans toutes ses dimensions et s'appuie sur des rémunérations plus variables.

A. L'apparition d'une « approche-métiers » dans la fonction publique

Alors que traditionnellement la « *fonction* » renvoie à la polyvalence des « *fonctionnaires* », qui sont « *au service* » de la personne publique qui les emploie (ce qui est conforme d'une part à leur mode de recrutement par un concours, dont d'importantes épreuves restent générales, et d'autre part au principe fondamental de la distinction du grade et de l'emploi en vertu duquel l'agent, titulaire de son grade, se voit attribuer un emploi selon l'appréciation qu'a l'autorité hiérarchique des besoins du service), le mot « *métier* » – qui est absent du statut général des fonctionnaires – exprime quant à lui une identité professionnelle, renvoyant à un savoir-faire précis (souvent circonscrit), sans doute moins en phase avec l'adaptabilité permanente aux divers besoins d'intérêt général suggérée par la « *fonction* ».

Or au-delà de la sémantique, qui n'est certes pas neutre, la tendance dans la fonction publique est clairement à la valorisation de l'emploi, dans une « approche-métiers » que confirme par exemple l'existence, depuis 2006, d'un répertoire interministériel des métiers de l'Etat. Il s'agit, de plus en plus, de rechercher les compétences précises nécessaires à l'exercice de métiers identifiés *a priori*. Cette spécialisation, nécessaire à de nombreux égards, répond au besoin de satisfaire, plus immédiatement, des attentes ciblées, qui n'impliquent pas la culture générale ni la capacité d'adaptation nécessaires à la perception d'enjeux globaux[42] ; bref, elle tend à promouvoir une fonction publique de métiers plutôt que de carrière... et favorise logiquement le contrat plutôt que l'application directe d'un statut.

[42] Voir FRANGI MARC, Réflexions sur la place de la culture générale dans les concours, AJFP 2009, p. 288.

B. La progression du contrat individuel

Le contrat exprime et concrétise la logique d'emploi. Or le recours au contrat, qui selon la loi ne peut qu'être dérogatoire dans la fonction publique, est massif en réalité : parmi les 5.5 millions d'agents publics, comprenant à la fois les agents titulaires (les fonctionnaires) et les agents contractuels relevant du droit public, ces derniers sont aujourd'hui évalués à 1.2 million.

A cet égard l'introduction en 2005, dans la fonction publique, du contrat à durée indéterminée[43] – qui constitue dans le secteur privé, selon l'art. L. 1221-2 du code du travail, « *la forme normale et générale de la relation de travail* » – paraît contraire à l'idée même qui fonde le choix du statut. Si jusque-là le CDI avait été exclu, c'était précisément pour éviter que ne se développe une fonction publique parallèle, contractuelle alors même qu'elle permettrait de pourvoir des emplois permanents. Quelles qu'aient été les modalités dans lesquelles la loi de 2005 enfermait le CDI[44], et quels qu'aient été ses objectifs[45], son introduction dans le droit français de la fonction publique[46] a sorti le contrat de la position marginale dans laquelle la loi le plaçait jusqu'alors en le cantonnant aux remplacements, aux fonctions saisonnières, aux emplois à temps partiel et aux besoins permanents insusceptibles d'être assurés par des agents titulaires. A cet égard, est significative la possibilité de conclure un CDI en première intention, ouverte non seulement dans le champ limité des emplois à la décision du gouvernement et des emplois fonctionnels des collectivités territoriales[47], mais aussi bientôt dans « *les emplois [de l'Etat] qui requièrent*

---

43 Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. Voir JEAN-PIERRE, La généralisation des contrats à durée indéterminée, p. 1302 ; POCHARD MARCEL, Le grand retour des CDI dans la fonction publique, AJDA 2005, p. 401 ; FITTE-DUVAL ANNIE, Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée, AJFP 2007, p. 4.

44 En vertu de cette loi, le CDI peut intervenir d'une part au bout de six années, et seulement au titre du renouvellement de contrats à durée déterminée successifs conclus pour répondre à des besoins permanents (art. 12, 14 et 16 de la loi du 26 juillet 2005 précitée) ; d'autre part dans l'hypothèse d'une reprise en régie directe d'une activité de service public administratif, en raison de l'obligation faite à l'employeur public de proposer aux salariés un contrat de droit public équivalent à celui dont ils bénéficiaient auparavant (art. 20 de la loi du 26 juillet 2005 précitée, dont le contenu a été, depuis, repris par l'art. L. 1224-3 du code du travail).

45 Il s'agit de réduire l'emploi précaire.

46 Voir DERBOULLES LAURENT, L'accès au CDI dans la fonction publique : le point sur le I, AJFP 2014, p. 116.

47 Conseil d'Etat, 30 sept. 2015, n° 375730, AJFP 2016, p. 68, comm. Laurent Derboulles.

des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leurs missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires »[48].

De dérogatoire, la place du contrat – expression d'une précarité qu'ont tenté de limiter de multiples « *plans de résorption* » depuis plusieurs décennies – dans le système français de fonction publique est ainsi devenue normale et pérenne, complémentaire du statut : « *si le statut général (...) et le contrat de recrutement d'un agent public cohabitent dès l'origine au sein de la fonction publique, le couple qu'ils forment n'a plus rien à voir avec la relation discrète des premiers temps* »[49] – à tel point qu'ont pu être évoquées les perspectives d'une « *fonction publique sans fonctionnaires* »[50] et « *d'une fonction publique "déstatufiée"* »[51], nonobstant la capacité d'attraction qu'exerce toujours, en réalité, le statut sur le contrat[52].

De telles analyses ne sont pas démenties par la consécration de plus en plus patente de la valeur juridique du contrat de fonction publique : les « *agents non titulaires* », qu'on appelle désormais officiellement « *agents contractuels* », se trouvent aujourd'hui, comme l'explique Sophie MACAIRE-SOYKURT, dans « *une situation juridique protectrice et solide fondée sur le contrat, à l'instar de celle que les salariés peuvent connaître* »[53].

C. L'individualisation de l'évaluation et de la rémunération des fonctionnaires

Les agents titulaires eux-mêmes voient leur situation évoluer dans le sens d'une plus grande individualisation de leurs conditions de travail, comme en témoignent les questions de l'évaluation et de la rémunération.

---

48 Art. 16, I, du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, modifié par le Sénat le 27 janvier 2016, doc. Sénat n° 73.

49 MARC EMMANUELLE, Le statut a 30 ans, vive le contractualisme…, JCP Adm. 2013, n° 2214.

50 JEAN-PIERRE DIDIER, Une fonction publique sans fonctionnaires ?, JCP Adm. 2011, p. 39.

51 BARRAUD BORIS, Du statut au contrat : vers une fonction publique « *déstatufiée* » ?, in : FORTIER CHARLES (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, Dalloz, Paris 2014, p. 159.

52 Voir BAILLY DAVID, Incidences et avenir du recours au CDI de droit public dans la fonction publique, AJFP 2015, p. 316 : l'auteur développe l'idée selon laquelle la généralisation du CDI résultant des lois du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2012 n'emporte pas, contrairement à une idée répandue, l'abandon du modèle français de fonction publique d'agents titulaires, dans la mesure où le CDI de droit public est en réalité conçu comme une nouvelle voie d'accès à la fonction publique, alternative au concours, avant la titularisation de l'agent.

53 MACAIRE-SOYKURT SOPHIE, La consécration de la valeur juridique du contrat de recrutement dans la fonction publique territoriale, AJFP 2016, n° 3.

La loi du 5 juillet 2010 a en effet fait apparaître dans le statut général des fonctionnaires les mots « *résultats* » (professionnels des agents) et « *performance* » (collective des services)[54] : ce choix lexical familier des entreprises traduit une orientation de fond permettant aux agents de sortir d'une pure logique de moyens pour se fixer, et se voir fixer, des objectifs dont la bonne réalisation sera ensuite appréciée dans le cadre de l'évaluation des agents. En effet, d'une part le « *droit individuel à la formation* » déjà évoqué leur permet de compenser éventuellement l'absence de diplôme et de faire évoluer leurs compétences, d'autant qu'il est complété, dans cette perspective d'une formation professionnelle individualisée, par le droit à un « *bilan de compétences* »[55] ; d'autre part la notation, dont la liaison mécanique au simple avancement dans la carrière était légitimement critiquée, a été progressivement remplacée par la mise en place d' « *entretiens professionnels* » permettant aux agents de dresser un bilan de leurs résultats et de formaliser leurs objectifs, en accord avec leur supérieur hiérarchique[56].

Cette approche plus entrepreneuriale de la gestion des fonctionnaires fut confirmée par l'instauration de liens entre l'évaluation, c'est-à-dire la prise en compte du mérite et de l'implication, et la rémunération.

Si le « *salaire* », cause du contrat de travail pour le « *salarié* », est la contrepartie du travail accompli et peut théoriquement se négocier, le « *traitement* » du fonctionnaire lui est versé, après service fait, selon son grade en application d'une grille indiciaire dont l'automaticité exclut toute appréciation individuelle. Mais envisagée globalement, la rémunération des agents publics s'attache davantage qu'auparavant aux résultats effectivement obtenus : l'instauration en 2009 d'une rémunération complémentaire au mérite participe d'une logique incitative qui a pris la forme d'une « *prime de fonctions et*

---

54 Voir l'art. 20 de la loi du 13 juillet 1983, modifié par l'art. 38 de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 : « *Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que de la performance collective des services* ».

55 Voir la loi du 2 février 2007 précitée, et la loi n° 2007-209 du 17 février 2009 relative à la fonction publique territoriale ; voir les décrets n° 2007-1470 du 15 octobre 2007, n° 2007-1845 du 26 décembre 2007 et n° 2008-824 du 21 août 2008.

56 Art. 55 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat ; art. 76 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux ; circulaire du 12 janvier 2012 relative à la mise en œuvre de l'expérimentation de l'entretien professionnel dans la fonction publique hospitalière.

de résultats »[57] et d'une prime d'intéressement à la performance collective des services[58], et que ne dément pas la rationalisation opérée par le régime indemnitaire qui sera applicable aux fonctionnaires de l'Etat à partir du 1er janvier 2017 pour tenir compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel des agents[59]. C'est dans cet esprit qu'en 2013, la Cour des comptes a pu réclamer une plus grande prise en compte de l'investissement et du mérite des enseignants, notamment pour la fixation de leur rémunération[60] ; et qu'ANTONY TAILLEFAIT a pu décrypter les orientations prises vers « *un droit de la performance de la fonction publique* »[61].

L'individualisation en marche des conditions de travail n'est pas sans lien avec la montée en puissance des négociations collectives.

D. La montée en puissance des négociations collectives

L'amorce, par la loi déjà citée du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique[62], d'un processus de contractualisation collective des conditions de travail s'inspire directement du système de conventions collectives qui caractérise le droit privé du travail en complétant, selon les caractéristiques propres à un métier ou à une branche professionnelle, ou encore à une zone géographique, les normes unilatérales contenues dans le code du travail. Il convient de mesurer l'importance de cette évolution, qui a vu la loi fixer les conditions de la validité juridique des accords conclus par l'Etat avec les syndicats[63] (sans pour autant leur conférer de portée normative, comme on l'a vu).

---

57 Décret n° 2008-1533 du 22 déc. 2008 relatif à la prime de fonctions et de résultats.

58 Décret n° 2011-1038 du 29 août 2011 instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'Etat ; décret n° 2012-624 du 3 mai 2012 fixant les modalités et les limites de la prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

59 Décret n° 2014-513 du 20 mai 2014.

60 Cour des comptes, *Gérer les enseignants autrement*, rapport public thématique, mai 2013, p. 84 s.

61 TAILLEFAIT ANTONY, Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ?, in : FORTIER CHARLES (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2014, p. 159.

62 Voir MELLERAY FABRICE, La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique – Première étape d'une réforme profonde, AJDA 2010, p. 2045 ; JEAN-PIERRE, La rénovation du dialogue social dans la fonction publique, n° 2284 ; MARC/STRUILLOU, La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, p. 7.

63 MARC EMMANUELLE/STRUILLOU YVES, La valeur des accords collectifs conclus par l'Etat avec les organisations syndicales de fonctionnaires : les vertus potentielles d'un oxymoron juridique, in :

C'est dans le même élan qu'ont été introduits au sein des administrations de véritables comités d'entreprise puisque, à nouveau sur le modèle du secteur privé, les CTP, « *comités techniques paritaires* », ont perdu leur « *P* » pour devenir de simples CT, « *comités techniques* ».

Le droit français de la fonction publique semble ainsi se fondre, de plus en plus, dans un droit global du travail dominé par la démarche conventionnelle, envisageant l'ensemble des agents d'abord à travers les droits et obligations attachés à leur qualité de travailleurs.

IV. En guise de conclusion : vers un code général des relations professionnelles ?

Ces évolutions expriment un mouvement de fond relativement ancien et expliquent que plusieurs auteurs aient évoqué non seulement, dès 1978, « *la pénétration du droit du travail dans la fonction publique* »[64], mais aussi plus récemment et plus radicalement – à l'analyse parfois d'autres modifications importantes du droit français de la fonction publique, comme celle induite par la libre circulation des travailleurs en Europe – sa « *privatisation* »[65], sa « *banalisation* »[66], sa « *normalisation* »[67] ou encore pour ce qui nous intéresse ici directement, sa « *travaillisation* »[68], YVES STRUILLOU allant jusqu'à s'interroger sur la question de savoir si, dans ses mutations, le droit de la fonction publique pourrait dépasser l'horizon du droit du travail[69].

Mais il n'est pas inutile à ce stade de rappeler qu'en 1947, JEAN RIVERO et PAUL-MARIE GAUDEMET s'interrogeaient déjà sur la perte de spécificité du droit de la fonction publique[70], au moment où venait pourtant d'être acquis le principe du statut. Près de 70 ans plus tard, sous une autre République qui a consacré un autre statut général des fonctionnaires, dans le cadre de l'Union européenne dont le droit admet la particularité du

FORTIER CHARLES (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2014, p. 65.

64 SAINT-JOURS, p. 231.

65 JEAN-PIERRE, La privatisation du droit de la fonction publique, p. 1672.

66 BOURDON JACQUES, Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?, AJFP 2005, p. 284.

67 POCHARD MARCEL, Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique, AJDA 2003, p. 1906 ; FONT, La fonction publique est-elle en voie de normalisation ?, p. 75.

68 TOUZEIL-DIVINA, p. 228.

69 STRUILLOU, p. 2399.

70 RIVERO, p. 149 ; GAUDEMET PAUL-MARIE, Le déclin de l'autorité hiérarchique, Dalloz, Paris 1947, chron. p. 137.

fonctionnaire mais reconnaît d'abord sa qualité de travailleur[71], NICOLAS FONT explique que même si « *la privatisation s'appuie sur plusieurs indices* », ce phénomène s'étant objectivement accéléré avec le XXI[e] siècle, le fait « *que l'on applique les mêmes règles, voire que l'on applique le Code du travail au fonctionnaire, ne signifie pas que la teneur des règles soit la même* »[72].

L'enjeu n'est certainement pas, en effet, la sauvegarde des périmètres de chacun des deux systèmes juridiques. Comme l'explique EMMANUELLE MARC, « *la distorsion entre la pétition juridique et les nuances de la réalité – propres à la fonction publique ou comparées avec la situation du salarié – (…) révèle le caractère volontariste du discours juridique et politique, dont la finalité est d'inscrire la notion d'agent public et le droit applicable dans une optique de différenciation, afin de spécifier la figure de l'agent au service de l'intérêt général* »[73].

Dans l'état actuel des transformations que connaît la France concernant le sujet de notre colloque, un code général des relations professionnelles devient envisageable et apporterait sans doute la lisibilité et la fluidité inhérentes à toute codification, dans un mouvement conforme à l'évolution des droits individuels des travailleurs. Un tel code devrait alors être complété par des lois et règlements fixant les principes fondamentaux qui s'appliquent aux grandes fonctions sociales (la sécurité, la justice et l'ensemble des missions régaliennes, mais aussi bien sûr l'éducation ou la santé, et même les activités qui entrent dans la sphère du marché et n'emploient aujourd'hui que peu d'agents publics comme les transports, l'énergie, *etc.*) afin que le droit applicable aux travailleurs concernés, agents publics ou employés de droit privé, puisse être complété et connecté aux missions qui leur sont assignées – aux exigences que la République y inscrit.

En effet comme le résume YVES STRUILLOU, « *si (…) une civilisation peut être caractérisée par les rapports mutuels qu'entretiennent l'économie de marché, l'Etat et la société, la place du droit de la fonction publique ne peut être dissociée de l'évolution de ces rapports. A l'évidence, l'édifice construit dans l'après-guerre a été percuté par l'affirmation de l'économie de marché comme" système autorégulateur capable d'organiser la totalité de la vie économique sans aide ou intervention extérieure*"[74] *qui remet en cause la légitimité de l'Etat et sa capacité à réguler le conflit entre les exigences du marché et celles de la cohésion sociale par ses interventions et l'action de ses services*

---

71 Voir MAYEUR-CARPENTIER CORALIE, Les principes de la fonction publique dans le droit de l'Union européenne, in : FORTIER CHARLES (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2014, p. 49.

72 FONT, La fonction publique est-elle en voie de normalisation ?, p. 82.

73 MARC, Les agents publics, p. 352.

74 POLANYI KARL, La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps, Gallimard, Paris 2009.

publics. Selon que la crise de civilisation actuelle se traduira par un rééquilibrage au profit de l'Etat ou par la consécration de la suprématie du marché autorégulateur, l'horizon du droit de la fonction publique se réduira ou non au droit qui encadre l'emploi de la force de travail dans une économie de marché : le droit du travail »[75].

On a compris que notre conviction est que la culture française du service public demeure suffisamment solide pour contenir le marché dans des limites qui conduiront à circonscrire aux règles du travail subordonné le code général des relations professionnelles qui, peut-être, se dessine.

V. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

Ouvrages

AUBIN EMMANUEL, La Fonction publique, coll. Master, 6e éd., Gualino – Lextenso Editions, Paris 2015.

ESPUGLAS-LABATUT PIERRE (dir.), Le Droit public du travail, coll. L'Unité du Droit, vol. XIV, Editions L'Epitoge – Lextenso, Paris 2016.

FONT NICOLAS, Le travail subordonné entre droit privé et droit public, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 85, Dalloz, Paris 2009.

FORTIER CHARLES (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2014.

LEMOYNE DE FORGES JEAN-MICHEL, L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire, coll. Thèmes et commentaires, série Etudes, Dalloz, Paris 2003.

MELLERAY FABRICE, Droit de la fonction publique, Corpus Droit public, 3e éd., Economica, Paris 2013.

TOUZEIL-DIVINA MATHIEU/SWEENEY MORGAN (dir.), Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ? Influences, convergences, harmonisations, coll. L'Unité du Droit, vol. I, Editions L'Epitoge - Lextenso, Paris 2012.

Rapports

BADINTER ROBERT (dir.), Rapport du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, présidé par Robert Badinter, remis au Premier ministre le 25 janvier 2016.

CONSEIL D'ETAT, Perspectives pour la fonction publique, Rapport public 2003, La Documentation française.

[75] STRUILLOU, p. 2405.

SILICANI JEAN-LUDOVIC, Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique, avril 2008.

Articles

BAILLY DAVID, Incidences et avenir du recours au CDI de droit public dans la fonction publique, AJFP 2015, p. 316.

BAZILE SABINE, La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique, AJFP 2010, p. 116.

BOURDON JACQUES, La rémunération au mérite ou faire du neuf avec du vieux, AJFP 2004, p. 113.

BOURDON JACQUES, Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?, AJFP 2005, p. 284.

COURREGES MARIE, La protection du travailleur face à l'accident professionnel : le juge administratif dans les pas du juge judiciaire, AJFP 2016, p. 160.

DUBOS OLIVIER, L'exorbitance du droit de la fonction publique, in : Melleray Fabrice (dir.), L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, Paris 2004, p. 243.

EYMERI JEAN-MICHEL, « Touchée mais pas coulée ». La fonction publique française sous les feux de l'européanisation, in : Raimbault Philippe (dir.), La puissance publique à l'heure européenne, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2006, p. 217.

FONT NICOLAS, L'influence du droit public sur le droit du travail, in : Espuglas-Labatut Pierre (dir.), Le Droit public du travail, coll. L'Unité du Droit, vol. XIV, Editions L'Epitoge – Lextenso, Paris 2016, p. 49.

FONT NICOLAS, La fonction publique est-elle en voie de normalisation ?, in : Fortier Charles (dir.), Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, coll. Thèmes et commentaires, série Actes, Dalloz, Paris 2014, p. 75 ; cité : Font, La fonction publique est-elle en voie de normalisation ?

FORTIER CHARLES, L'identité du droit français de la fonction publique – Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail, in : Bioy Xavier (dir.), L'identité du droit public, LGDJ, Paris 2011, p. 105 ; cité : Fortier, L'identité du droit français de la fonction publique.

JEAN-PIERRE DIDIER, La privatisation du droit de la fonction publique, JCP Adm. 2003, p. 1672 ; cité : JEAN-PIERRE, La privatisation du droit de la fonction publique.

JEAN-PIERRE DIDIER, La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005, JCP Adm. 2005, p. 1302 ; cité : JEAN-PIERRE, La généralisation des contrats à durée indéterminée.

JEAN-PIERRE DIDIER, La rénovation du dialogue social dans la fonction publique, JCP Adm. 2010, n° 2284 ; cité : JEAN-PIERRE, La rénovation du dialogue social dans la fonction publique.

LEKEUFACK CHARLES MICHEL, Essai d'un modèle européen de fonction publique, AJFP 2009, p. 275.

MARC EMMANUELLE, La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle, AJDA 2011, p. 162.

MARC EMMANUELLE, Une protection accrue de la santé et de la sécurité de « l'homme au travail » dans la fonction publique, AJDA 2011, p. 2284.

MARC EMMANUELLE, Les agents publics, in : GONOD PASCALE/MELLERAY FABRICE/YOLKA PHILIPPE (dir.), Traité de droit administratif, Traités Dalloz, tome 2, Dalloz, Paris 2011, pp. 343-393 ; cité : MARC, Les agents publics.

MARC EMMANUELLE/STRUILLOU YVES, La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles, Dr. adm., nov. 2010, p. 7 ; cité : MARC/STRUILLOU, La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique.

MARC EMMANUELLE/STRUILLOU YVES, Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciporoques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle », RFDA 2010, p. 1169 ; cité : MARC/STRUILLOU, Droit du travail et droit de la fonction publique.

MELLERAY FABRICE, L'impact des lois du 26 juillet 2005 sur les équilibres de la fonction publique, AJFP 2005, p. 225.

MELLERAY FABRICE, Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ?, RDP 2006, p. 185 ; cité : MELLERAY, Les réformes contemporaines de la fonction publique.

MELLERAY FABRICE, La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique – Première étape d'une réforme profonde, AJDA 2010, p. 2045.

MONIOLLE CAROLE, Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition, AJFP 2010, p. 234.

PEISER GUSTAVE, Contribution à l'étude de « la fonction publique à la française », in : Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris 2002, p. 417.

POCHARD MARCEL, La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique, AJDA 2003, p. 991.

POCHARD MARCEL, Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique, AJDA 2003, p. 1906.

RADE CHRISTOPHE, Trentième anniversaire de la loi Le Pors – Regard d'un privatiste, AJDA 2013, p. 1217.

RIVERO JEAN, Vers la fin du droit de la fonction publique ?, Dalloz, 1947, chron. p. 149.

SAINT-JOURS YVES, La pénétration du droit du travail dans la fonction publique, in : Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G. H. Camerlynck, Dalloz, Paris 1978, p. 231.

SALON SERGE/SAVIGNAC JEAN-CHARLES, La réforme de la notation des fonctionnaires de l'Etat, AJDA 2004, p. 958.

STRUILLOU YVES, Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ?, AJDA 2011, p. 2399.

TAILLEFAIT ANTONY, La mobilité des agents publics après les lois de février 2007 relatives à la fonction publique, Droit administratif, juin 2007, p. 7.

TOUZEIL-DIVINA MATHIEU, « Travaillisation », ou « privatisation » des fonctions publiques ?, AJFP 2010, p. 228.

WOLIKOW JULIEN, Fonctionnaires et salariés : différences, convergences, AJFP 2010, p. 172.

BARBARA GAGLIARDI

Les limites du rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail en Italie

Sommaire

		Page
I.	Les sources communes au travail privé et à la fonction publique	413
	A. Les « *travailleurs* » dans la Constitution	413
	B. L'apport de l'Europe	417
II.	Le rapprochement entre la fonction publique et le travail privé	420
	A. La contractualisation de la fonction publique	420
	B. Le haut fonctionnaire public transformé en « *manager* » d'entreprise	422
	C. Un seul juge pour les travailleurs privés et publics	424
III.	L'exorbitance de la fonction publique	426
	A. La réalisation des objectifs de la réforme	426
	B. Le contrôle du juge judiciaire	427
	C. Les sources de l'exorbitance dans le statut constitutionnel du fonctionnaire	428
IV.	Bibliographie	429

I. Les sources communes au travail privé et à la fonction publique

A. Les « *travailleurs* » dans la Constitution

La Constitution italienne est caractérisée par une discipline articulée du travail et des droits des « *travailleurs* », dont l'ancrage dans le système juridique résulte de façon évidente dès ses premiers articles.

La République elle-même est « *fondée sur le travail* » (art. 1 Const.), selon une disposition qui n'a pas d'équivalent en Europe, et le travail est énoncé parmi les principes

fondamentaux de la Constitution, en tant que *droit* et *devoir*, quoique dépourvu de sanction (art. 4 Const.)[1].

Cette disposition – qui résulte d'un compromis entre les composantes catholiques[2] et marxistes de l'Assemblée constituante[3] – exprime la primauté du travail par rapport aux situations de « *privilège économique* » et elle constitue un développement du principe d'égalité matérielle, selon lequel c'est un « *devoir* » de la République de supprimer « *les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* » (art. 3 al. 2 Const.).

Bien qu'il ne confère pas le droit d'obtenir une occupation, le droit au travail protège la liberté de chacun de choisir son propre parcours professionnel et, surtout, il fonde l'obligation de la République de favoriser la « *pleine occupation* » des citoyens aptes au travail[4].

Il s'agit donc d'un « *droit social* », qui trouve satisfaction par le biais de prestations positives de la part de la République[5] et qui est développé dans le titre III de la Constitution, consacré aux « *rapports économiques et sociaux* ».

Les droits des travailleurs sont appréhendés de façon analytique et selon une logique protectrice du travailleur en tant que partie « *faible* » de la relation professionnelle (art. 35 Const.)[6].

La Constitution énonce, notamment, le droit du travailleur à la formation et à « *l'élévation professionnelle* » (art. 35 al. 2 Const.), ainsi qu'à une rémunération « *proportionnée à la*

---

1 A l'époque de l'Assemblée constituante, il avait été proposé de subordonner le droit de vote à l'accomplissement du devoir de travail (ou au chômage non volontaire), mais la proposition a été abandonnée face à la difficulté de définir les notions de « *travailleurs* » et de « *chômeurs volontaires* » et aux risques d'instrumentalisation de la prévision. Sur ce point, *cf.* MORTATI, Il lavoro nella Costituzione, p. 240 ; MICCO, p. 154, pour la thèse selon laquelle ceux qui ne travaillent pas devraient perdre leurs droits politiques ; récemment PINELLI, pp. 402 ss.

2 Pour l'affirmation du droit de l'ouvrier au repos et à une rétribution apte à garantir ses besoins vitaux, *cf.* Léon XIII, *Rerum Novarun, Enciclica sulla questione operaia*, Edition Studium, Rome 1929, pp. 131 ss et l'Introduction de V. ARCOZZI-MASINO, ivi, pp. 31 ss.

3 *Cf.* CALAMANDREI, p. 292 ; BARBERA, p. 50 ; ONIDA, p. 89.

4 C'est notamment dans cette dimension qu'il a été utilisé dans le contrôle de constitutionnalité : *cf.* Corte cost., 16 gennaio 1957, n° 3 ; Corte cost., 9 giugno 1965, n° 45 ; Corte cost., 22 giugno 1963, n° 105.

5 *Cf.*, p. ex., MANCINI, pp. 203 ss ; MORTATI, Il diritto al lavoro, pp. 151 ss.

6 « *La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni* » (« *La République protège le travail dans toutes ses formes et applications* »).

quantité et à la qualité de son travail » et « *suffisante à assurer à lui et à sa famille une existence libre et digne* » (art. 36 al. 1 Const.)[7], le droit aux congés hebdomadaires et annuels, qui doivent être rétribués et auxquels le travailleur ne peut pas renoncer (art. 36 al. 4 Const.), ainsi que l'égalité des femmes et la protection du travail des mineurs (art. 37 al. 1 et 4 Const.).

Les travailleurs sont aussi protégés dans leur dimension collective, par la proclamation des droits syndicaux, du droit de grève et du droit de participer à la gestion de l'entreprise (art. 39, 40 et 46 Const.)[8].

En même temps, la consécration de la liberté de l'initiative économique privée est accompagnée par la définition de ses limites, qui coïncident avec le respect de l'« *utilité sociale* », de la « *liberté* » et de la « *dignité humaine* » (art. 41 al. 2 Const.) : cela a permis de soutenir une certaine subordination de l'entreprise privée à l'intérêt général afin de favoriser la réalisation de conditions d'égalité matérielle (art. 3 al. 2 Const.)[9].

La lecture réductrice soutenue au lendemain de l'entrée en vigueur de la Constitution, qui excluait la force contraignante de ces normes constitutionnelles et leur attribuait une seule dimension « *programmatique* »[10], a rapidement été dépassée par la reconnaissance de la pleine efficacité des droits des travailleurs.

Les normes de la Constitution sont ainsi non seulement utilisées comme paramètre du contrôle de constitutionnalité[11], mais elles trouvent aussi directement application devant le juge judiciaire. Dans le contentieux, il est normal de voir l'autonomie de l'employeur limitée au nom de la protection de la dignité du travailleur et de la poursuite de l'utilité sociale (art. 41 Const.), valeurs qui empêchent, entre autres, d'établir des traitements économiques différenciés et dépourvus de toute justification[12], ou encore d'attribuer au travailleur des fonctions qui ne correspondent pas à sa catégorie d'encadrement[13].

---

7 Les deux principes imposent que la rétribution soit proportionnée au travail dans sa dimension quantitative et qualitative et qu'elle tienne compte de la situation familiale du travailleur : Corte cost., 4 maggio 1960, n° 30.

8 Sur les droits de grève et d'organisation syndicale, *cf.* Corte cost., 4 maggio 1960, n° 29.

9 MICCO, pp. 96 ss.

10 *Cf.* Corte cost., 14 giugno 1956, n° 1. *Contra* : MORTATI, Il diritto al lavoro, p. 211 ; MICCO, pp. 28 ss.

11 Parmi les premiers arrêts, *cf.* Corte cost., 7 luglio 1962, n° 76 (sur le droit au congé hebdomadaire) ; Corte cost., 10 maggio 1963, n° 66 (sur le droit aux congés annuels). Récemment : Corte cost., 28 maggio 2015, n° 94 ; Corte cost., 30 aprile 2015, n° 70.

12 Corte cost., 29 aprile 1980, n° 68 ; Cass., sez. lav., 14 agosto 2004, n° 15878, contra Cass., sez. lav., 24 ottobre 1995, n° 11051 ; Cass., sez. lav., 29 maggio 1993, n° 6030. Pour l'application directe des normes constitutionnelles, *cf.*, récemmment : Cass., sez. lav., 27 luglio 2015, n° 15699 ; Cass., sez. lav., 20 luglio 2015, n° 15157 ; Cass., sez. lav., 14 luglio 2015, n° 141510.

13 Corte cost., 9 marzo 1989, n° 103.

La discipline constitutionnelle d'inspiration protectrice va trouver application dans la législation notamment dans les années 1970[14]. Ce n'est que récemment qu'elle a commencé à s'« *alléger* » au profit d'une plus grande « *flexibilité* » dans la gestion des emplois (privés et publics)[15] et pour favoriser la reprise économique et la réduction de l'endettement public[16].

La reconnaissance de « *droits des travailleurs* » aux agents publics a été admise de manière générale, même si la « *spécificité* » de la relation professionnelle des fonctionnaires résulte de façon explicite de la Constitution[17] et qu'elle a parfois mené à une lecture réductrice des droits reconnus à l'ensemble des travailleurs au détriment des agents publics.

Il en a été ainsi, notamment, en matière de droit à la rémunération de l'agent public. Selon la conception traditionnelle, celui-ci ne reçoit pas un « *salaire* » proprement dit, mais une indemnité apte à lui garantir des conditions correspondant à sa dignité et à ses fonctions[18]. Conformément à cette idée, l'application de la norme constitutionnelle relative au droit à la rémunération a été pendant longtemps exclue : c'est notamment le juge administratif qui a soutenu que le principe de « *bonne gestion* » de l'administration (art. 97 al. 2 Const.) empêche de reconnaître la pleine applicabilité du droit à la rémunération[19].

---

[14] Notamment avec la l. 20 maggio 1970, n° 300, « *Statuto dei Lavoratori* » (Statut des travailleurs), précedée par la l. 15 luglio 1966 n° 604, *Norme sui licenziamenti individuali* (Normes sur les licenciements individuels).

[15] Pour l'application des réformes récentes en matière de licenciements aux agents publics, *cf.* Cass., sez. lav., 26 novembre 2015, n° 24157.

[16] *Cf.*, notamment, l. 10 dicembre 2014, n° 183, Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro ; d.lgs 4 marzo 2015, n° 23, Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 183/2014, dit « *Jobs act* » ; d.l. 20 marzo 2014, n° 34, Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese, conv in.l. 16 maggio 2014, n° 78.

[17] *Cf. infra*, III., C.

[18] *Cf.* PIOGGIA, La Corte costituzionale, p. 279.

[19] *Cf.*, p. ex., Cons. St., sez. V, 8 giugno 2011, n° 3456. Selon la Cour constitutionnelle, la relation professionnelle des agents publics ne répond pas à une logique qui soit seulement « *d'échange* » : Corte cost., 10 aprile 2003, n° 115. La question s'est posée notamment lorsque l'agent public exerce des tâches correspondant à un grade de niveau supérieur et qu'il demande la rétribution correspondante : ce droit a été admis pour la première fois seulement à partir de d.lgs. 3 marzo 1998 n° 80 et d.lgs. 29 ottobre 1998 n° 387, art. 15. *Cf.* aussi Corte cost., 27 maggio 1992, n° 236 ; Cass. civ., sez. VI, 6 giugno 2011, n° 12193.

B. L'apport de l'Europe

Le système juridique européen favorise indirectement le rapprochement du droit du travail et du droit de la fonction publique par le biais des principes établis par les Traités de l'Union européenne et des droits reconnus par la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

L'Union européenne a en effet élaboré une notion autonome de « *travailleur* » (art. 45 TFUE), qui, dans la plus part des cas, ne tient pas compte du caractère public ou privé de l'employeur : plus précisément, les systèmes juridiques nationaux sont obligés d'assurer la libre circulation des travailleurs européens avec l'ouverture de tous les emplois qui sont en dehors du périmètre des « *fonctions régaliennes* » (art. 45 § 4 TFUE)[20].

Dans le système juridique italien, cela a déterminé l'ouverture de presque tous les emplois publics, avec la seule exception de ceux qui « *implichino esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri* » (« *impliquent un exercice direct ou indirect de pouvoirs publics* ») et « *attengano alla tutela dell'interesse generale* » (« *concernent la tutelle de l'intérêt général* » ; d.lgs. 30 marzo 2001, n° 165, art. 38)[21].

Les dérogations à la liberté de circulation des travailleurs ont été identifiées d'une façon analytique par le gouvernement avec les emplois des hauts fonctionnaires (*dirigenza*) ou qui comportent l'exercice des attributions du « *sommet administratif* », ceux des magistrats (judiciaires, administratifs, militaires et comptables), des avocats et procureurs de l'Etat, ou encore avec les emplois de n'importe quel corps militaire ou civil de la Présidence du Conseil des Ministres et des Ministères chargés des fonctions régaliennes (Ministères des affaires étrangères, de l'intérieur, de la justice, de la défense, de l'économie). Sont également exclus, les emplois qui comportent l'exercice des fonctions administratives (élaboration des actes de coercition, d'autorisation et de contrôle, qu'ils soient de légalité ou d'opportunité, p. ex. ; d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n° 174, artt. 1 e 2).

L'énumération coïncide presque avec celle des emplois encore en régime statutaire (non contractualisés), qui inclut à son tour les magistrats judiciaires, administratifs et comptables, les avocats et procureurs de l'Etat, les diplomates, les préfets, le personnel de certaines autorités administratives indépendantes et le personnel du Corps national des « *vigili del fuoco* » (sapeurs-pompiers), les hauts fonctionnaires pénitentiaires et – seulement provisoirement – les professeurs et chercheurs universitaires (d.lgs. n° 165 de 2001, cit., art. 3).

---

[20] Récemment : CJUE, 10 septembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*. Pour l'analyse de l'évolution : GAGLIARDI, pp. 101 ss.

[21] Récemment : Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2015, n° 1210.

Plus largement, c'est tout le « *droit social européen* » qui est obligatoire pour les employeurs des pays membres, qu'ils soient publics ou privés. Cela signifie, tout d'abord, l'application aux uns et aux autres du principe de non-discrimination (art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) et des directives qui assurent sa mise en œuvre[22].

Sont ainsi interdites, non seulement les discriminations non raisonnables fondées sur la nationalité (art. 18 et 45 TFUE), mais aussi toutes celles qui reposent sur les critères de l'âge, du sexe, de la religion, *etc.* (art. 19 TFUE), avec des prévisions, qui, dans le domaine de la fonction publique, ont, par exemple, déterminé le dépassement des limites d'âge pour l'accès à certaines carrières[23].

Le droit de l'UE renforce en général les droits des travailleurs. Ceux qui ont un contrat de durée déterminée (CDD) se voient ainsi reconnaître le droit à la parité de traitement et le droit à la stabilisation, ou du moins le droit à la protection de leur position par le biais de « *sanctions effectives* » appliquées à l'employeur (public) contrevenant[24].

L'Italie a choisi de transposer la directive européenne sur les contrats de durée déterminée de façon différente selon qu'il s'agit de travailleurs privés ou publics : en cas de violation des limites sur le renouvellement des contrats, seuls les premiers jouissent d'un droit à la conversion automatique en contrat de durée indéterminée (CDI)[25]. Les fonctionnaires, par contre, se voient reconnaître uniquement le droit à un dédommagement, et cela en raison du principe constitutionnel du concours public (art. 97 al. 4 Const.), qui empêche un recrutement automatique pour un nouveau poste de travail[26].

---

22 Notamment : Dir. 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Dir. 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Pour les origines de l'interdiction de la discrimination, *cf.* Dir. 75/17/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; Dir. 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. *Cf.* aussi Izzi, pp. 131 ss.

23 *Cf.*, récemment, CJUE, 13 novembre 2014, C-416/13, *Vital Perez.*

24 Dir. 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

25 D.lgs. 6 settembre 2001, n° 368, recante l'Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, art. 5.

26 D.lgs. n° 165 del 2001, cit., art. 36, al. 1°, 2° e 5°.

La solution n'est pas contraire au droit de l'Union européenne, dans la mesure où la sanction est, comme on l'a vu, « *effective* »[27] : le droit européen est en revanche bafoué dans les systèmes dépourvus de toute sanction, ainsi que dans ceux où les CDD sont utilisés subrepticement pour remplacer les titulaires, dans l'attente perpétuelle de concours qui ne se déroulent jamais[28].

La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, contribue à l'harmonisation des droits des travailleurs reconnus par les traditions juridiques nationales avec l'affirmation du droit à une protection juridictionnelle effective (« *droit au procès équitable* », art. 6 CEDH)[29], du droit de grève[30] et des droits syndicaux[31], qui sont reconnus aux fonctionnaires comme aux travailleurs privés.

Il en résulte une convergence entre le travail public et le droit privé, selon un modèle qui a été parfois considéré contraire aux traditions nationales, puisque la reconnaissance des mêmes droits aux fonctionnaires publics et aux salariés privés pourrait mettre dans l'ombre la spécificité du statut des fonctionnaires.

Il faut toutefois rappeler que le système juridique européen est en réalité indifférent à l'adoption d'une règlementation de droit public ou de droit privé des relations professionnelles des fonctionnaires ; en outre, il reconnaît – en qualité de principes généraux – les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (art. 6 TUE), parmi lesquels, ceux qui déterminent le statut « *exorbitant* » du fonctionnaire.

Même dans le système juridique européen, la poursuite de l'intérêt général peut d'ailleurs justifier des différences de traitement entre travailleurs privés et fonctionnaires : ce n'est qu'aux agents publics que l'on peut imposer une obligation de loyauté fondée sur la protection de la sécurité nationale[32], ou encore une obligation de stricte neutralité qui

---

27 CJUE, 12 septembre 2013, C-50/2013, *Rocco Papalia ;* CJUE, 1 octobre 2010, C-3/10*, Affatato ;* CJUE, 23 avril 2009, C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki ;* CJUE, 7 septembre 2006, C-53/04, *Marrosu ;* CJUE, 7 septembre 2006, C-180/04, *Vassallo.*

28 C'est le cas du secteur scolaire en Italie, où il a fallu attendre dix ans pour que des nouveaux concours pour le recrutement des titulaires soient effectués : CJUE, 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*. Pour l'analyse, *cf.* AIMO.

29 *Cf.* CEDH, grande chambre, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c. Finlande*; récemment CEDH, sect. II, 27 mai 2014, *Baka c. Hongrie*.

30 *Cf.* CEDH, sect. III, 6 novembre 2009, *Yapi-Yol Sen c. Turquie*.

31 *Cf.* CEDH, grande chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie ;* CEDH, sect. II, 26 mai 2015, *Altun c. Turquie*; CEDH, sect. III, 24 mars 2015, *Sezer c. Turquie.*

32 Récemment, *cf.* CEDH, sect. III, 21 octobre 2014 – 21 janvier 2015, *Naidin c. Roumanie.*

légitime l'interdiction du port de signes d'appartenance religieuse[33]. Et cela peut rendre légitimes des discriminations qui, dans le secteur privé, seraient interdites.

II. Le rapprochement entre la fonction publique et le travail privé

A. La contractualisation de la fonction publique

Depuis plus d'une vingtaine d'années, le système juridique italien a été touché par une réforme d'envergure, dite de la « *contractualisation* » ou de la « *privatisation* » de l'emploi public, dont l'objectif principal résidait dans l'unification du marché du travail[34].

La contractualisation a un impact sur la fonction publique, qui est un régime statutaire et de carrière de longue date : le premier statut général concernant la fonction publique de l'Etat a été adopté en 1908[35], après un long débat dont on retrouve déjà les traces en 1876[36].

L'adoption du statut a représenté l'une des dernières étapes de l'unification de l'administration italienne, donnant suite aux lois dites « *d'unification administrative* » de 1865 (l. 20 marzo 1865, n° 2248).

La fonction publique avait constitué un outil important de l'unification nationale de 1861 : initialement, le processus d'unification administrative s'est réalisé en fait « *sur le champ* », avant l'intervention même du législateur, avec l'absorption directe des fonctionnaires des administrations des anciens royaumes pré-unitaires dans la nouvelle administration du Royaume d'Italie. La constitution de la fonction publique italienne est facilitée par

---

33 Récemment, *cf.* CEDH, sect. V, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France* ; CEDH, sect. V, 4 décembre 2008, *Dogru c. France* ; CEDH, sect. II, 24 janvier 2006, *Kurtulmuş c. Turquie ;* CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie* ; CEDH, sect. II, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse.*

34 *Cf.* l. 23 ottobre 1992, n° 421, Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale, art. 2 et d.lgs. 3 febbraio 1993, n° 29, Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego.

35 L. 25 giugno 1908, n° 290, sullo stato giuridico degli impiegati civili ; r.d. 22 nov. 1908, n° 693, che approva il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati.

36 MELIS, Storia dell'amministrazione, p. 116 : le parlement italien a discuté des premiers projets d'un statut des fonctionnaires à partir de 1876 et du célèbre « *discours de Stradella* » prononcé par Agostino Depretis, homme d'Etat de la « *Gauche historique* ».

l'uniformisation des salaires, des congés, des conditions de cumul d'emploi[37] et, en même temps, par l'incitation de la mobilité, qui favorise la connaissance réciproque et l'intégration des styles de travail et de vie d'une région à l'autre du pays[38].

L'adoption du statut de 1908 coïncide avec le « *décollage administratif* » du Royaume d'Italie, c'est-à-dire avec l'achèvement du processus de professionnalisation de l'administration, qui est marqué par la généralisation du recrutement par concours et par la demande d'un diplôme universitaire pour l'accès à la haute fonction publique[39].

La fonction publique dessinée par le statut de 1908 présente toutes les caractéristiques propres à une fonction publique de carrière : recrutement par concours, organisation basée sur le principe de la hiérarchie, avancement en grade en fonction de l'ancienneté et du mérite, système de notation pour l'évaluation, obligations de diligence, de dignité, de zèle et de résidence, principe d'incompatibilité avec toute autre forme d'emplois… Ces caractéristiques, qui sont communes à la « *tradition juridique continentale* » de la fonction publique européenne, ont été présentes en Italie, avec peu de changements, jusqu'à la réforme dite de la contractualisation.

La contractualisation, annoncée à compter des années 1970 par d'importants projets de réforme[40], a achevé le processus de reconnaissance formelle de l'efficacité juridique des conventions collectives dans la fonction publique, processus qui avait connu l'une de ses étapes fondamentales avec la « *loi cadre* » de 1983[41]. Ce texte prévoyait que l'aspect économique des relations professionnelles des fonctionnaires devait être réglé par des « *accords* » dépourvus de force contraignante propre, signés avec les organisations syndicales. Ce n'est qu'avec la reproduction successive de ceux-ci dans un décret du Président de la République qu'ils acquéraient une efficacité juridique (l. n° 93 de 1983, art. 3 et suiv.).

Dans les années 1990, la contractualisation, qui s'est réalisée en deux étapes (1992-1993 et 1997-1998), a investi toute l'administration publique : l'Etat, les établissements publics

37 R.d. 21 ottobre 1861, col quale sono mutati i nomi e pareggiati i gradi, gli stipendi e le indennità dei funzionari amministrativi delle varie provincie.

38 MELIS, Gli impiegati pubblici, pp. 20-21.

39 MELIS, Fare lo Stato, pp. 110 ; MELIS, Storia dell'amministrazione, p. 12 ; CASSESE, Questione amministrativa, p. 25 ; CASSESE, Governare gli italiani, p. 54 ; CALANDRA, p. 28.

40 *Cf.*, notamment le « *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato* » de 1979, du Ministre de la fonction publique, Massimo Severo Giannini.

41 L. 29 marzo 1983, n° 93, Legge quadro sul pubblico impiego.

administratifs, les régions, les collectivités locales, les universités, les écoles, les établissements de santé, les chambres de commerce, *etc.*[42].

En 1992-1993, la plupart des fonctionnaires ont été placés dans une situation contractuelle. Le statut de droit public a été maintenu uniquement pour les agents chargés de « *fonctions régaliennes* », c'est-à-dire les magistrats, les préfets, les policiers, les diplomates, *etc*. Il en a été de même pour les maîtres de conférences et pour les professeurs des universités, bien que pour ceux-ci, l'exclusion, qui existe depuis vingt ans, soit encore aujourd'hui qualifiée de « *provisoire* » (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 3).

La relation professionnelle des agents publics est régie par un contrat de droit privé, donc soumise au droit du travail, même si les normes spéciales qui s'appliquent aux fonctionnaires restent nombreuses[43].

Ce contrat individuel doit respecter les conventions collectives que l'Agence pour la Représentation Contractuelle des Administrations Publiques (ARAN) signe au niveau national pour chaque secteur de l'administration (Ministères, régions et collectivités locales, éducation nationale, santé, *etc.*) avec les organisations syndicales « *les plus représentatives* » (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 40). Au niveau local, chaque établissement public négocie les conventions collectives « *intégratives* », qui sont encadrées par les conventions nationales.

Ces conventions collectives règlementent la relation d'emploi de tous les travailleurs, qu'ils soient ou non membres des syndicats signataires. Dans un premier temps, leur force juridique a été telle qu'elles prévalaient même sur les lois ultérieures. Ce n'est qu'en 2009, que le législateur est revenu à un équilibre plus « *traditionnel* », en soumettant les régimes dérogatoires résultant des conventions collectives à une autorisation explicite de la loi elle-même[44].

B. Le haut fonctionnaire public transformé en « *manager* » d'entreprise

Le législateur de la contractualisation avait pour objectif de renforcer l'efficacité et l'efficience de l'action publique, grâce à l'adoption d'outils de droit privé qui étaient supposés permettre une gestion des ressources (humaines et matérielles) plus performante

---

42 D.lgs. n° 29 de 1993, art. 2, al. 2, et aujourd'hui d.lgs. 30 marzo 2001, n° 165, art. 1, al. 2. *Cf.* BATTINI, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, pp. 330 ss ; BATTINI, Il personale, pp. 373 ss ; D'ANTONA, p. 1 ; CASSESE, Le ambiguità, p. 77 ; BATTINI/CIMINO, p. 1.

43 *Cf.* d.lgs. n° 165 de 2001.

44 *Cf.* d.lgs. n° 165 de 2001, art. 2, al. 2°, mod. par d.lgs. 27 ottobre 2009, n° 150, dite « *Riforma Brunetta* » du nom du Ministre de la Fonction publique.

et de type « *managériale* » (selon le modèle des entreprises privées), caractérisée, notamment, par une plus grande individualisation et « *flexibilité* » des relations professionnelles[45]. Ce principe était complété par l'attribution d'une large autonomie aux hauts fonctionnaires (« *dirigenti* ») par rapport à la politique, selon un modèle fondé sur la séparation – ou plus précisément sur la distinction[46] – des fonctions d'orientation politique de celles d'administration.

Dans le modèle dessiné par la réforme, qui n'a probablement pas d'équivalent en Europe, les organes politiques sont titulaires des seuls pouvoirs d'orientation politique et de contrôle du suivi donné à leurs orientations, sans pouvoir se substituer aux fonctionnaires auxquels toute l'administration « *active* » est réservée. Tout acte de gestion administrative, financière et technique est en effet attribué à la compétence exclusive des hauts fonctionnaires, qui sont les seuls à pouvoir adopter des actes liant la volonté de l'administration (d.lgs. n° 265 de 2001, art. 4 et art. 14 al. 3), sans que les organes politiques puissent révoquer ou réformer leurs décisions[47].

En même temps, les hauts fonctionnaires sont placés – comme la plupart des agents publics – dans une situation contractuelle, régie par le droit du travail[48]. Plus précisément, ils sont recrutés par concours et, après la nomination, ils signent un contrat qui détermine leur accès au corps sans définir les missions qui leur sont attribuées (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 28). Celles-ci sont déterminées par des actes unilatéraux de durée déterminée (« *incarichi* »), à renouveler en fonction de la réalisation des objectifs, selon l'évaluation de la responsabilité dite « *dirigenziale* » (d.lgs. n° 265 de 2001, art. 19 et 21)[49]. Pour cette raison, l'obligation des hauts fonctionnaires est considérée comme une obligation de résultat, dont la violation est évaluée comme un symptôme de l'inaptitude à l'exécution des fonctions[50].

La responsabilité « *dirigenziale* » correspond en fait à une responsabilité liée à la gestion de l'administration qui sanctionne la non réalisation des objectifs et la violation des

---

45 *Cf.* CERBO, pp. 220 ss.

46 MERLONI, Organizzazione amministrativa, pp. 57 ss. ; MERLONI, Dirigenza pubblica, pp. 129 ss.

47 Le Ministre garde le seul pouvoir d'annuler les décisions illégitimes : d.lgs.n° 165 de 2001, art. 13, al. 3°.

48 En 1992-1993 la réforme n'a pas concerné les plus hauts fonctionnaires (« *dirigenti generali* ») ; ceux-ci ont été impliqués seulement avec la réforme successive de 1997-1998.

49 Les précédents historiques de la responsabilité « *dirigenziale* » remontent à la réforme de 1972, qui a institué, pour la première fois, la catégorie des hauts fonctionnaires et qui a instauré leur responsabilité pour la violation des principes constitutionnels de bonne gestion, d'impartialité et de « *légitimité de l'activité des services* » qu'ils dirigent (d.P.R. 30 giugno 1972, n° 748, art. 19).

50 *Cf.* Corte cost., 23 marzo 2007, n° 103 et n°104 ; TORCHIA, pp. 89 ss. ; GARDINI, pp. 253 ss. ; PATRONI GRIFFI, p. 175.

principes d'économie, d'efficacité et d'efficience qui doivent inspirer l'action des services publics (l. 7 agosto 1990, n° 241, art. 1). Le constat de ces manquements peut amener au non-renouvellement de la mission attribuée, à la déchéance anticipée ou – dans les cas les plus graves – au licenciement du haut fonctionnaire. Ces décisions, en tout cas, ne peuvent être prises que dans le cadre d'une procédure respectant les principes du « *procès équitable* » et avec la participation de l'intéressé[51].

Le système légal mène à une renonciation partielle à certaines garanties d'impartialité qui dérivent du statut de fonctionnaire, et, notamment, à l'inamovibilité qui le caractérise traditionnellement. Selon la Cour constitutionnelle, il y a toutefois une certaine compensation grâce à une meilleure réalisation du principe de « *bonne gestion* » (« *buon andamento* ») qui serait garanti par l'adoption d'instruments de droit privé. Ceci permettrait un équilibre raisonnable entre les deux principes fondamentaux de l'organisation des administrations publiques et de leur action : les principes d'impartialité et de bonne gestion que la Constitution italienne considère, avec le principe de légalité, comme le fondement du droit administratif (art. 97 al. 2 Const.)[52].

C. Un seul juge pour les travailleurs privés et publics

La contractualisation a été complétée par la réforme de 1997-1998, qui a élargi son champ d'application aux fonctionnaires les plus élevés en grade (les « *dirigenti generali* »), initialement exclus, et qui a, en même temps, attribué la compétence au juge judiciaire – section « *travail* » – de régler les contentieux concernant les fonctionnaires « *contractualisés* »[53]. Seul le contentieux relatif aux relations professionnelles des fonctionnaires ayant un statut de droit public, aux concours et aux actes concernant l'organisation administrative en général est encore de la compétence du juge administratif[54].

La réforme a en réalité opéré une véritable réduction du champ traditionnel de l'organisation administrative, en distinguant les actes dits de « *micro-organisation* » de ceux qui sont de « *macro-organisation* ». Les premiers coïncident avec les actes de gestion

---

51 *Cf.* Corte cost., 25 febbraio 2014, n° 27 ; Corte cost., 17 giugno 2013, n° 152 ; Corte cost., 5 febbraio 2010, n° 34 ; Corte cost., 28 novembre 2008, n° 390 ; Corte cost., 20 maggio 2008, n° 161 ; Corte cost., 23 marzo 2007, n° 104.

52 Corte const. 18 luglio 1996, n° 313.

53 L. 15 marzo 1997, n° 59, Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, art. 11, al. 4 et d.lgs. 31 marzo 1998, n° 80, Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa.

54 D.lgs. n° 165 de 2001, art. 63.

des relations professionnelles (mutations, attributions de postes, sanctions disciplinaires) et avec les actes d'organisation des services (la définition des unités opérationnelles, des horaires d'ouverture au public, la définition et l'attribution des missions des hauts fonctionnaires, p. ex.) : il ne s'agit plus de décisions administratives, mais d'actes adoptés par les hauts fonctionnaires « *dans l'exercice des capacités et des pouvoirs d'un employeur privé* », donc soumis au droit privé et attribués à la compétence du juge judiciaire (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 4, 14 et 63).

Seuls les actes de macro-organisation – qui incluent les actes de définition des lignes fondamentales des organisations publiques, comme l'identification des services les plus importants et la détermination des emplois nécessaires à chaque administration publique – sont des actes administratif régis par le droit public et relevant du contentieux administratif[55].

L'attribution du contentieux concernant la fonction publique au juge judiciaire marque une évolution importante, qui induit un véritable recul du droit : traditionnellement, le juge judiciaire reconnaît une large autonomie à l'entrepreneur dans la définition de ses choix concernant l'organisation, bien plus significative que celle qui dérivait de l'application des normes de droit public afin d'assurer la poursuite de l'intérêt général.

C'est ainsi que la jurisprudence en arrive à exclure, pour les actes de « *micro-organisation* », les garanties de participation et de transparence qui dérivaient de l'application de la loi n° 241 édictant les principes généraux en matière de procédures administratives du 7 août 1990, comme l'obligation générale de motivation et les droits de participation des destinataires des décisions eux-mêmes[56].

Les garanties individuelles et, à plus forte raison, la transparence de l'administration, s'en trouvent donc amenuisées. Plus généralement, c'est l'esprit même du contrôle juridictionnel qui est modifié : seul le juge administratif est chargé de vérifier la poursuite de l'intérêt général par les décisions de l'administration ; le juge judiciaire peut, par contre, se prononcer sur les actes de gestion des relations professionnelles seulement si celles-ci violent des droits individuels et notamment si elles violent le principe – édicté par le code civil – de bonne foi et le devoir d'un agissement correct dans l'exécution du contrat (art. 1175 et 1375 cod. civ.)[57].

---

55 *Cf.*, p. ex., Cons. St., sez. V, 15 luglio 2014, n° 3692.

56 Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2006, n° 23549 ; Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n° 1116.

57 PIOGGIA, Funzione amministrativa, pp. 397 ss. ; PIOGGIA, Giudice e funzione amministrativa, pp. 28 ss.

III. L'exorbitance de la fonction publique

A. La réalisation des objectifs de la réforme

Vingt ans après la réforme, il manque encore – malheureusement – des bilans exhaustifs de ses effets. Il est possible, toutefois, de constater que l'objectif d'introduire une plus grande efficacité de l'action publique n'a pas été atteint ; à tout le moins, aucune étude ne met en relation la contractualisation avec une meilleure efficacité de l'administration publique. Au contraire, les dernières décennies ont mis en évidence une augmentation de la dette publique et, parallèlement, un niveau de performances des services publics qui reste à améliorer[58].

L'individualisation des relations professionnelles n'a pas été réalisée : les contrats individuels reposent sur des « *contrats-standard* », où toute forme de personnalisation est absente. Une seule exception est à relever : grâce à l'individualisation des conditions de travail, les fonctionnaires les plus élevés en grade ont obtenu des traitements économiques qui n'ont pas d'équivalent parmi les pays d'Europe et qui – selon les données de l'OCDE de fin 2013 – atteignent deux fois et demi ceux des plus hauts fonctionnaires français ou allemands (426.082 dollars internationaux en Italie contre 168.996 en France et 149.156 en Allemagne)[59]. Ce n'est qu'au cours de 2014 – et en raison de la crise économique – que l'on a essayé de remédier à cette situation en fixant un montant maximal annuel[60].

La contractualisation n'a pas non plus affaibli la traditionnelle « *stabilité* » de l'emploi public : si l'on pensait pouvoir licencier davantage avec le contrat, il n'en a rien été. Ceci explique pourquoi, depuis le début de la crise économique, les tentatives de réglementer les licenciements dans la fonction publique – afin de les rendre plus faciles – se sont multipliées[61].

La reconnaissance formelle des conventions collectives a accru le poids des organisations syndicales et démontré la faiblesse de l'administration publique dans son rôle

---

58 La « *finalité de contenir la dépense publique face à la grave crise économique* » justifie le « *blocage* » des augmentations des rétributions des fonctionnaires : Corte cost., 27 dicembre 2013, n° 310 ; Corte cost., 18 dicembre 2013, n° 304. La Constitution n'est en revanche pas respectée lorsque ces mesures ont un caractère permanent et structurel : Corte cost., 23 luglio 2015, n° 178.

59 OCDE (2013), Government at a Glance 2013, OCDE Publishing, doi: 10.1787/gov_glance-2013-en, p. 107 ; ARAN, Rapporto semestrale sulle retribuzioni, giugno 2013, www.aranagenzia.it.

60 Le montant maximal est égal à 240.000 euros bruts (d.l. 24 aprile 2014, n° 66, conv. in l. 23 giugno 2014, n° 89, art. 13).

61 *Cf.*, notamment, d.l. 6 luglio 2012, n° 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n° 135, dit de « *spending review* », art. 2 et récemment l. 7 agosto 2015, n. 124, art. 17, al. 1°, lett. s.

d'employeur : on constate que désormais les statuts édictés par le législateur seraient remplacés par des conventions collectives « *édictées par les syndicats* »[62], donc souvent – et naturellement – plus sensibles aux intérêts des travailleurs qu'à l'intérêt général, qui pourtant n'est sûrement pas externe aux relations professionnelles des fonctionnaires. C'est pour limiter le pouvoir des organisations syndicales que le législateur est intervenu en 2009 : si, auparavant, les conventions collectives pouvaient librement déroger aux lois, désormais, seules les dérogations expressément autorisées par la loi elle-même sont autorisées. De plus l'étendue des conventions collectives a été limitée dans certains secteurs où elles avaient atteint une ampleur inattendue (en matière disciplinaire, notamment)[63].

B. Le contrôle du juge judiciaire

Il est intéressant de remarquer combien, depuis quelque temps, le juge judiciaire semble se rapprocher lui aussi de la tradition de droit public et des principes fondamentaux de l'organisation publique : même s'il affirme que les actes de micro-organisation sont soumis aux obligations de bonne foi et d'un agissement correct dans leur exécution (valables pour toute obligation de droit civil), il propose en même temps une lecture de ces obligations « *à la lumière des principes constitutionnels d'impartialité et de bonne gestion administrative* » (art. 97 al. 2 Const.).

Cela se traduit – notamment en matière d'attribution des missions aux hauts fonctionnaires – par l'affirmation d'une obligation générale de motiver et d'effectuer des évaluations comparatives parmi les candidats[64] qui semble s'inspirer des principes généraux en matière de procédure administrative et de décisions administratives.

Le rapprochement substantiel du contrôle a été finalement accueilli par le législateur qui, en 2015, a instauré l'attribution des missions aux hauts fonctionnaires par le biais de « *procédures comparatives* » précédées d'un avis public. Ce faisant, le législateur a confirmé le principe du concours établi par la Constitution pour l'accès aux emplois de l'administration (art. 97 al. 4 Const.).

Ainsi, d'une certaine manière, l'insurmontable spécificité de la fonction publique – qui découle de son asservissement à l'intérêt général – s'impose au juge judiciaire lui-même :

---

62 BATTINI, Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro, p. 630.

63 *Cf.* l. 4 marzo 2009, n° 15, art. 2 et 3 et d.lgs. 27 ottobre 2009, n° 150, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, art. 33, 53 et 54.

64 Cass., sez. lav., 14 aprile 2015, n° 7495 ; Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n° 21671 ; Cass., sez. VI, 12 ottobre 2010, n° 21088 ; Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n° 9814.

c'est en fait au nom de principes constitutionnels qui traduisent la primauté de l'intérêt général (impartialité et bonne gestion des services publics) que l'autonomie de l'employeur public est limitée.

Certes, il reste que le contrôle du juge judiciaire n'est pas de type constitutif : en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut que condamner l'employeur public au versement de dommages et intérêt ; cela signifie que les attributions du juge judiciaire ne s'étendent pas à l'annulation des décisions d'attribution adoptées en violation de la loi[65].

C. Les sources de l'exorbitance dans le statut constitutionnel du fonctionnaire

Les composantes de la spécificité de la relation professionnelle des fonctionnaires publics découlent directement de la Constitution, qui, avec ses principes, trace pour eux un « *statut* » irréductible à celui des travailleurs privés, et cela, malgré la contractualisation et toutes les tentatives – directes ou indirectes – de rapprochement de la fonction publique au travail privé[66].

Les fonctionnaires sont « *au service exclusif de la Nation* » (art. 98 Const.) ; ils ne peuvent donc, normalement, exercer aucun autre emploi auprès de l'administration et – surtout – ils sont à l'abri de toute ingérence politique ou exprimant un intérêt différent de l'intérêt général.

Cette déclinaison subjective du principe d'impartialité des services publics (art. 97 al. 2 Const.) imprègne aussi le recrutement par concours (art. 97 al. 4 Const.), qui constitue la règle générale dans les recrutements publics étant donné qu'il garantit l'impartialité de l'administration dans le choix de ses agents – à l'abri de tout favoritisme et patronage – et, en même temps, qu'il favorise la bonne gestion des services publics. Le concours impose en fait de choisir le « *meilleur candidat* », c'est-à-dire celui qui possède le plus haut niveau de compétences compte tenu des besoins des services publics[67].

Compte tenu de ce qui précède, et également en raison du fait que le concours réalise le droit individuel d'égal accès aux emplois publics (art. 51 Const.) – droit, qui, depuis la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. VI), fait

65 *Cf.*, récemment, Cass., sez. lav., 26 marzo 2014, n° 7107.

66 CAVALLO PERIN, pp. 147 ss. ; CAVALLO PERIN/GAGLIARDI, L'exemple italien, p. 177 ; RUSCIANO, p. 70.

67 GAGLIARDI, pp. 146 ss.

partie de la culture juridique commune aux pays occidentaux[68] –, il n'est possible de déroger à cette procédure que pour des raisons exceptionnelles et d'intérêt général[69].

Si, au même titre que tout citoyen, le fonctionnaire doit être fidèle à la République et « *observer sa Constitution et ses lois* », il doit aussi exercer sa mission « *avec discipline et honneur* », en prêtant serment dans les cas prévus par la loi (art. 54 al. 1 et al. 2 Const.). Cela implique un devoir spécial de rectitude, en premier lieu envers les usagers des services publics[70] ; cette obligation fonde à son tour un devoir d'« *autocontrôle* » des agents publics, qui est susceptible d'avoir des implications même dans leur vie privée[71], étant donné qu'ils sont tenus d'adopter des comportement de nature à sauvegarder la « *dignité* » et l'image de l'administration publique.

Les fonctionnaires répondent directement de ceux de leurs agissements qui portent atteinte aux droits d'autrui, selon les lois civiles, pénales et administratives (art. 28 Const.) ; à cette obligation du fonctionnaire de se soumettre aux juridictions compétentes est assorti un droit individuel des usagers, qui a pour objet l'agissement correct des fonctionnaires.

IV. Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

AIMO MARIAPAOLA, I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico, in : W.P.C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona » IT, n° 240/2015.

BARBERA AUGUSTO, Art. 2, in : Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna/Roma 1975, pp. 50 ss.

BATTINI STEFANO, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, Cedam, Padova 2000 ; cité : BATTINI, Il rapporto di lavoro.

BATTINI STEFANO, Il personale, in : Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, a cura di S. Cassese, t. II, Milano 2003, pp. 373 ss ; cité : BATTINI, Il personale.

BATTINI STEFANO, Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni : da una regolamentazione unilaterale all'altra, in : Rivista trimestrale diritto pubblico, 2007, n° 3, pp. 630 ss ; cité : BATTINI, Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro.

68 GAGLIARDI, p. 158 ; ZILLER, p. 59 ; MARCOU, p. 12.

69 *Cf.* Corte cost., 2 aprile 2012, n° 90 ; Corte cost., 23 febbraio 2011, n° 69 ; Corte cost., 7 febbraio 2011, n° 42 ; Corte cost., 21 giugno 2010, n° 225 ; Corte cost., 4 giugno 2010, n° 195 ; Corte cost., 4 novembre 2009, n° 293 ; Corte cost., 9 novembre 2006, n° 363.

70 CAVALLO PERIN, pp. 147 ss.

71 JEAN-PIERRE, pp. 6 e 33 ; CASALINI, pp. 342.

BATTINI STEFANO/CIMINO BENEDETTO, Il pubblico impiego, Report annuale 2011, in : Ius Publicum Network Review, n° 1/Speciale, www.ius-publicum.com.

CALAMANDREI PIERO, Come nasce la nuova Costituzione (1947), in : Id., Scritti e discorsi politici. I : Storia di dodici anni, t. I, a cura di N. Bobbio, La Nuova Italia, Firenze 1966.

CALANDRA PIERO, Storia dell'amministrazione pubblica in Italia, Bologna 1978.

CARIOLA AGATINO, Art. 4, in : Commentario della Costituzione, a cura di A. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetti, vol. I, Torino 2006, pp. 114 ss.

CASALINI DARIO, La rilevanza dei comportamenti « Fuori servizio » dei dipendenti pubblici, in : Al servizio della Nazione, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 341 ss.

CASSESE SABINO, Questione amministrativa e questione meridionale. Dimensioni e reclutamento della burocrazia dall'unità ad oggi, Giuffrè, Milano 1977.

CASSESE SABINO, Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego, in : Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, a cura di M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, S. Cassese, Giuffrè, Milano 1997, pp. 77 ss ; cité : CASSESE, Le ambiguità.

CASSESE SABINO, Governare gli italiani. Storia dello Stato, Il Mulino, Bologna 2014.

CAVALLO PERIN ROBERTO, L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari, in : Al servizio della Nazione, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 147 ss.

CAVALLO PERIN ROBERTO/GAGLIARDI BARBARA, La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati, in : Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2014, pp. 309 ss.

CAVALLO PERIN ROBERTO/GAGLIARDI BARBARA, L'exemple italien : l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation, in : Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, sous la direction de Charles Fortier, Dalloz, Paris 2014, pp. 177 ss ; cité : CAVALLO PERIN/GAGLIARDI, L'exemple italien.

CERBO PASQUALE, Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione, Cedam, Padova 2007.

D'ANTONA MASSIMO, La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto, in : Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, a cura di M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, S. Cassese, Milano 1997, pp. 1 ss.

GAGLIARDI BARBARA, La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso, Jovene, Napoli 2012.

GARDINI GIANLUCA, Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea, Giuffrè, Milano 2003.

IZZI DANIELA, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Jovene, Napoli 2005.

JEAN-PIERRE DIDIER, L'éthique du fonctionnaire civil, LGDJ, Paris 1999.

MARCOU GÉRARD, L'accès aux emplois publics, LGDJ, Issy-les-Moulineaux 2014.

MANCINI GIUSEPPE F., Art. 4, in : Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna/Roma 1975, pp. 199 ss.

MELIS GUIDO, Gli impiegati pubblici, in : Melis G. (a cura di), Impiegati, Torino 2004 ; cité : MELIS, Gli impiegati pubblici.

MELIS GUIDO, Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993), Il Mulino, Bologna 1996 ; cité : MELIS, Storia dell'amministrazione.

MELIS GUIDO, Fare lo Stato per fare gli Italiani, Il Mulino, Bologna 2015 ; cité : MELIS, Fare lo Stato.

MERLONI FRANCESCO, Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione, in : Diritto pubblico, 2009, pp. 57 ss ; cité : MERLONI, Organizzazione amministrativa.

MERLONI FRANCESCO, Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa, Bologna 2006 ; cité : MERLONI, Dirigenza pubblica.

MICCO LUCIANO, Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione, Giappichelli, Torino 1966.

MORTATI COSTANTINO, Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica, in : Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana, Giuffrè, Milano 1972, pp. 141 ss ; cité : MORTATI, Il diritto al lavoro.

MORTATI COSTANTINO, Il lavoro nella Costituzione, in : Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana, Giuffrè, Milano 1972, pp. 225 ss ; cité : MORTATI, Il lavoro nella Costituzione.

ONIDA VALERIO, Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana, in : Manuale di diritto pubblico, vol. I. Diritto pubblico generale, a cura di G. Amato e A. Barbera, Il Mulino, Bologna 1997, pp. 77 ss.

PATRONI GRIFFI ANDREA, Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo a uno studio del rapporto di « autonomia strumentale » tra politica e amministrazione, Jovene, Napoli 2002.

PINELLI CESARE, « Lavoro » e « Progresso » nella Costituzione, in : Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 2009, pp. 401 ss.

PIOGGIA ALESSANDRA, Funzione amministrativa e giudice del lavoro, in : Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2007, pp. 395 ss ; cité : PIOGGIA, Funzione amministrativa.

PIOGGIA ALESSANDRA, La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in : Diritto amministrativo e Corte costituzionale, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Esi, Napoli 2006, pp. 255 ss ; cité : PIOGGIA, La Corte costituzionale.

PIOGGIA ALESSANDRA, Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro, Giuffrè, Milano 2004 ; cité : PIOGGIA, Giudice e funzione amministrativa.

RUSCIANO MARIO, Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, in : Diritto pubblico, 2008, pp. 70 ss.

TORCHIA LUISA, La responsabilità dirigenziale, Cedam, Padova 2000.

ZILLER JACQUES, Égalité et mérite, L'accès à la fonction publique dans les États membres de la Communauté européenne, Bruylant, Bruxelles 1988.

JOHN CURRAN

The United Kingdom

Contents Page

I. Labour law and the public/private divide 433
A. Introduction 433
B. Legal framework 434
1. Law of the United Kingdom 434
2. The regulation of labour relations in the United Kingdom 435
3. Absence of a formal distinction between the public and private sectors 437
C. « *Convergences* » in a uniform system of regulation 438
1. Regulatory assimilation of the public and private sectors 438
2. Privatisation of public services delivery 440
3. Judicial reinforcement of a uniform system 441
D. « *Divergences* » in a uniform system of regulation 443
1. Exceptions to the general rules for particular public employees 443
a) The *Civil Service* 444
b) Other types of public employee 445
2. Availability of public law remedies : judicial review and human rights 446
a) Judicial review 447
b) Human rights 448
E. Conclusion 449

II. Bibliography 450

I. Labour law and the public/private divide

A. Introduction

Unlike many Continental European legal systems, there has, historically, never been any formal demarcation between the regulation of public sector and private sector employment in the United Kingdom (the UK). In the absence of a written constitution or legislation defining the « *State* », the legal and contractual status of employees of central government and other public sector workers, has similarly been left undefined.

Against this backdrop, differential treatment of such workers has evolved in a fragmented and piecemeal fashion. When broadly universal employment protections and collective rights were introduced by legislation in the latter half of the twentieth century, particular

groups of State employees were specifically excluded on national security and other grounds. And for a limited category of public sector workers, known as « *office-holders* », the absence of a contractual relationship means that they may not rely on ordinary courts and tribunals to enforce rights, but must rather turn to procedures of public law.

Today, for most employees of the public sector, such as teachers, employees of the National Health Service, central government and local authority workers, it is accepted that rights and obligations are defined like those of their private sector counterparts, in contracts of employment and under employment rights legislation. There nevertheless remains certain legal remedies, deriving from public law and human rights, which those involved in the delivery of public services have shown an increasing willingness to embrace in the employment context.

At the same time, privatisation and the outsourcing of the delivery of certain public services has been a central part of successive government policies since the 1980s, resulting in the fragmentation of public service delivery. Corresponding changes in State employment practices towards those more familiar to the private sector have arguably been more easily accommodated in a broadly uniform system of employment regulation. More recent developments indicate, however, that there is perhaps growing recognition of the need to pay more attention to the distinctive characteristics of public services, including the reinforcement of safeguards which affect those employed to deliver them.

B. Legal framework

1. Law of the United Kingdom[1]

Before examining how a largely unified system of employment regulation is applied to workers in both the public and private sectors, it is perhaps helpful to have some understanding of the wider legal framework in which the regulation of employment law operates.

Having been created by the political union of previously independent countries, the United Kingdom does not have a single legal system. Instead, it consists of three separate legal regimes. English law, which applies in England and Wales, and Northern Ireland law, which applies in Northern Ireland, are based on common law principles. Scots law, which applies in Scotland, is a mixed system based on norms of both civil law and common law.

The United Kingdom is unusual in not having a written constitution. Its constitution, like its laws, derives from a range of sources, including legislation, judicial decisions and

[1] Sometimes referred to by the acronym « *UK* », this comprises four countries : England, Wales and Scotland (sometimes referred, together, as Great Britain) and Northern Ireland.

conventions. Likewise, the law across all three legal systems stems from several sources, including legislation, case law, European Union law and international conventions. The basis of English law, for example, can be said to be case law – in other words, judge-made decisions laying down rules to be followed in future cases ; the most important form of law however, in the sense that it prevails over most of the others, is legislation in the form of statutes or Acts of Parliament, which today, is the source of most major changes in the law[2].

Legislation is passed by Parliament in Westminster, which consists of the House of Commons, the House of Lords and the Monarch. Certain fields of legislative competence are however devolved in Northern Ireland, Scotland, Wales and London. There are nevertheless substantive fields of law which apply across the United Kingdom. As will be seen, some of the most important pieces of legislation regulating employment law have general application throughout England, Wales and Scotland, often with reciprocal arrangements in Northern Ireland[3].

2. The regulation of labour relations in the United Kingdom

Unlike some systems, labour law in the UK does not take the form of a comprehensive Labour Code ; instead, it is derived from a multiplicity of sources, both legal and extra-legal, which may interact in complex ways. Determining the law on a particular matter, therefore, may involve examination of a range of sources[4].

Although there is a considerable volume of legislation governing the area of labour law, the common law remains central to the regulation of both individual and collective labour relations in the legal systems of the UK. With few exceptions, the employment contract forms the basis of the employment relationship, and this is essentially governed by principles emanating from the common law[5]. Legally binding court decisions – a defining characteristic of the common law – continue to play an influential role, and not just where they concern the interpretation of legislation. The contractual status of the employment relationship means, for example, that courts have considerable discretion in shaping it

---

2 See ELLIOTT/QUINN, p. 6.

3 Many statutory rights applying in Great Britain exist in Northern Ireland in reciprocal pieces of legislation, although there is considerable divergence between Northern Ireland and the rest of the UK in relation to discrimination law.

4 DEAKIN/MORRIS, p. 57.

5 DEAKIN/MORRIS, p. 59-60.

through what are known as « implied terms » of contract in the absence of an express agreement by the parties on a particular matter[6].

The common law framework, and its basic disposition to grant freedom of contract to the parties has nevertheless been substantially modified, particularly since the 1960s, by the increasing use of legislation to impose further rules upon the parties to the employment relationship[7]. Although the scope of application of much legislation depends on the nature of the working relationship, the most important pieces of labour legislation are in force across Great Britain, and as will be seen, with few exceptions, apply both to public and private sector employment alike. These include : the *Employment Rights Act 1996* (ERA 1996), which includes in its provisions the right not to be unfairly dismissed, the Equality Act 2010, which transposes most European legislation on equal pay and non-discrimination, and the *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* (TULRCA 1992), which regulates collective bargaining and defines the rights and duties of trade unions.

Other important sources of regulation are, first, at the formal level: public-body-issued codes of practice[8], and, as will be discussed below, certain public law principles where the employer is a public body[9] ; secondly, at what may be described as the voluntary level : collective agreements (agreed between trade unions and employers or employers' associations), workforce agreements (agreed between workers or their representatives and employers) and internal policies, works rules and other notices issued by management to employees[10]. Such voluntary arrangements may have legal force, by being expressly (or impliedly) included in an employee's contract of employment.

With regard to disputes between employers and employees, regional employment tribunals headed by legally-qualified employment tribunal judges hear most cases in the first instance. Appeals against their decisions in Great Britain (but not Northern Ireland) are made to the Employment Appeal Tribunal (EAT) in London. Appeals against EAT

6 By way of judicial endorsement of an employer's managerial prerogative, it has, for example, been established through case law that employees are subjected to implied duties to obey lawful and reasonable orders of their employer (see *Secretary of State for Employment v. ASLEF* [1972] 2 All England Law Reports, 949).

7 COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 155.

8 Issued by public bodies which are empowered by statute to issue them, such as the Advisory, Conciliation and Arbitration Service, the Equality and Human Rights Commission and the Health and Safety Executive. These provide practical guidance on conduct in particular areas, and although not legally binding as such, may be admissible in evidence in court or tribunal proceedings as evidence of an employer's failure to comply with accepted practices.

9 Discussed in part D of this chapter, below.

10 For further detail, see DEAKIN/MORRIS, chapter 2.

judgments are treated by the respective appeal courts of England and Wales and of Scotland, with a final right of appeal to the Supreme Court, the highest court in the land for civil cases across the United Kingdom.

3. Absence of a formal distinction between the public and private sectors

In the field of labour regulation, no consistent distinction has been drawn by UK legal systems between the State and private employers. Unlike some national regimes, there is no separate body of administrative law which exclusively governs public service employment. This is partly a reflection of the absence of a clear legal test for determining what makes employment public[11]. Indeed, the boundaries of public sector employment in the UK are not clear, and, as will be seen, these have become increasingly blurred by the outsourcing to the private sector of functions traditionally carried out by the public sector.

The term *civil servant* by no means includes all public sector workers in the UK. *Her Majesty's Civil Service* is the secretariat of employees which support the UK Government and is responsible for implementing executive decisions of the government. As at the first quarter of 2015, the Home Civil Service numbered 432,920 civil servants[12]. The wider public sector, however, as defined by the government for statistical purposes, is estimated to employ 5.358 million workers (around 20 % of all employment)[13]. This includes the *civil service*, armed forces, the *National Health Service*, local government, the police, publicly maintained schools and 'public corporations' such as *Royal Mail* and the *BBC*.

Public sector employees are subject, for the most part, to the same basic principles of labour law as apply more generally. As will be seen, there are some specific restrictions in relation to freedom of association for particular public sector workers, but in general, public and private sector employees share the same conceptual framework[14].

In fact, historically, it has not often been necessary in practice to distinguish between those who work in the public sector and those in the private sector. Particularly for civil servants, who are said to be « *employed* » by the Crown, it was traditionally considered that the Crown could not be constrained by an employment contract. The common law position was that the Crown could dismiss at will, and that Crown employees served at the pleasure of the Crown. This position was carefully eroded by court decisions in the latter half of the twentieth century, which indicated that some sort of contractual relationship could exist[15].

---

11 DEAKIN/MORRIS, p. 192.

12 Office for National Statistics, *Public Sector Employment – Q2 2015*.

13 *Ibid*.

14 DEAKIN/MORRIS, p.192.

15 See HONEYBALL, p. 34.

Moreover, the exact status of the civil servant has come to have less significance, thanks to the extension to civil servants of most of the protective provisions of the legislation referred to above.

Indeed, employment protection legislation introduced from the 1960s onwards continued the traditional position of not distinguishing between the public and private sectors (with, as will be seen, some exceptions for certain public sector professions). The absence of a formal demarcation in the legal framework has also typically been reinforced by assimilation of employment practices. Initially, up until the end of the 1970s, this was witnessed through the example set by the government to the private sector of a 'good employer' philosophy with public sector notions of job security, the promotion of equal opportunities and the encouragement of trade unionism and collective bargaining[16]. This was reflected in the principles underpinning much of the newly introduced employment protection legislation. From the end of the 1970s however, employment practices in the public and private sectors were assimilated in a different way. The free market principles espoused by the Thatcher Government as part of its « *marketizing* » of public services instead led to the introduction of private sector practices in State employment, such as the greater use of fixed term contracts and pay regimes based on the labour market and individual performance[17]. Added to this was the subsequent privatisation of public utilities, such as electricity, gas, water and telecommunications, and the outsourcing of various public functions to the public sector. Together, these reforms, typically associated with the approach widely known as *New Public Management* (NPM), continue to the present day.

C. « *Convergences* » in a uniform system of regulation

1. Regulatory assimilation of the public and private sectors

It is clear that even before the introduction of NPM, there was no firm distinction between the law of public sector employment and that of the private sector. There were a number of important developments over the course of the twentieth century which served to reinforce this largely uniform system of regulation.

In previous decades, dating back to 1918, successive British governments sought to influence private sector employment practices by acting as a model « *good* » employer[18]. Collective bargaining, for example, was introduced into the *Civil Service* in 1919 despite reservations as to its appropriateness, because the government felt that it could not

16 MORRIS, Employment in Public Services, p. 169.
17 *Idem*.
18 FREDMAN/MORRIS (ILJ), p. 142.

otherwise expect private employers to do the same[19]. Similarly, the use of a strategy of « *contract compliance* » required government departments to include a term in contracts with private sector employers that contractors should pay their workers the generally accepted rate for the job. This was subsequently extended to other conditions of employment and to freedom of association. Contractors were, for example, required to recognise their workers' freedom to join trade unions. Contractors who failed to comply with these requirements risked losing future government business.

The good employer concept remained a central tenet of the ideology of successive governments up to 1979, influencing policy in determining appropriate levels of pay and other conditions for civil servants[20].

This approximation of the public and private sectors at the policy level was truly confirmed in the early 1970s with the introduction of employment rights legislation applying to private and public sector workers alike. With a few exceptions (see below), the ERA 1996[21] extends expressly to most categories of State employee, including civil servants, said under the common law to be employed by the Crown[22]. Although the long-standing common law rule that civil servants can be dismissed at will has not been expressly abolished by legislation, civil servants benefit, alongside many other public and private sector workers, from most of the protective provisions of not just the ERA 1996[23], but also TULRCA 1992[24], equality legislation[25] and basic labour standards regulation[26] such as the national minimum wage.

This near universal application of domestic legislation to both public and private employees also reflected the absence of any differential treatment of the public and private sectors in post-war international treaties on workers' rights, such as ILO Conventions 87, 98 and 151 and the European Social Charter 1961[27].

Some commentators[28] point to these developments as evidence of the « *publicisation* » of private sector labour relations. It was not just the equal application of these laws to those working in the public and private sectors, but also the public law concepts underpinning

19 DEAKIN/MORRIS, p. 66.
20 FREDMAN/MORRIS (ILJ), p. 144.
21 Which contains today's version of the law of unfair dismissal first introduced in 1971.
22 See section B., 3. above.
23 ERA 1996, sections 191-193.
24 TULRCA 1992, sections 273-276.
25 Equality Act 2010, section 83(2).
26 National Minimum Wage Act 1998, section 36 ; Working Time Regulations 1998, regulation 37.
27 MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide, p.161.
28 See DAVIES/FREEDLAND, p. 324.

them which arguably signalled an attempt by legislators to harmonise regulation in accordance with principles traditionally more familiar to the public sector.

For example, some of the central ideas which inform the law of unfair dismissal – first introduced in the early 1970s and broadly applied to all employees – are derived from or inspired by public law notions. The way in which unfairness is defined with reference to « *reasonableness* » replicate quite closely the central public law notions of legality and rationality. Moreover, the main remedial proposition of unfair dismissal law, that reinstatement or re-engagement should be the primary response to unfair dismissal, derives from the public law conception that a fundamentally flawed exercise of public power should be viewed not as a compensable wrong but rather as null and void, having no effect.[29]

Similarly, the incorporation into UK law of EU legislation particularly in the field of equality and anti-discrimination has arguably also served to « *publicise* » the private sector. The rights-based approach of EU public law can be found in concepts such as indirect indiscrimination and its notions of « *proportionality* » and « *necessity* », central to the anti-discrimination rules now contained in the Equality Act 2010, and which apply to employees in the private and public sectors alike[30].

2. Privatisation of public services delivery

By the same token, the dividing line between public and private sector workers has become increasingly blurred. Thanks to privatisation measures and the development of strategies for delivering public services through contractual arrangements with the private sector, many workers who provide essential public services are no longer employed by the State[31]. Such developments are even further likely to intensify as a result of competition policy within the EU : all public and private undertakings that are entrusted with the operation of services of general economic interest are subject to EU Treaty principles which guarantee free access to markets, meaning that many public services must become open to competition from other potential providers[32].

Whereas it may once have been considered appropriate to impose restrictions on public sector employees and to attach special rights and obligations to a particular employment relation, these fundamental changes to the delivery of public services in the UK have meant that such restrictions may only be justified by reference to functional, and not status-

29 DAVIES/FREEDLAND, p. 324.
30 See DAVIES/FREEDLAND, p. 327-334.
31 See section B., 3. above.
32 COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 208.

based, criteria. The outsourcing of essential public services has often resulted in workers in the private sector performing identical tasks to their public sector counterparts.

One commentator refers to the example of prison officers : regulations governing prison officers should normally be the same, regardless of whether the employer is the State or a private company entrusted with the management of the prison[33]. Whether, for example, special restrictions on industrial action may be imposed on prison officers should depend on whether there is a public order need, rather than by simple reference to the status of the employer.

The reforms introduced by the pursuit of NPM have served not just to fragment the delivery of public services, thereby removing traditional boundaries between State and private sector employment, but have also gradually introduced a variety of private sector employment practices into the public sector. Job security, traditionally enjoyed by public sector workers, has, even at senior levels in the Civil Service, been eroded, with more and more appointments taking place on renewable short-term contracts[34]. Other common features of private sector employment have been embraced by the public sector, such as performance-related pay and flexible working practices[35].

3. Judicial reinforcement of a uniform system

The development of a framework of employment rights which makes few distinctions between public and private sector workers[36] of course goes hand in hand with a broadly universal application of that legislation. Indeed, since their inception in the 1960s, industrial tribunals, now called employment tribunals, make legally binding rulings in relation to most employment law disputes whether involving public or private sector employers[37]. There is, under the UK legal framework, no administrative court specially

33 COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 210.

34 FREDMAN/MORRIS (ILJ), p. 147.

35 *Civil Service* reform plans, announced by the Coalition Government in June 2012 have continued this approach, with the implementation of ever more commercialised models for delivering public services, as well as changes to civil servant terms and conditions of employment, including performance related pay and other initiatives designed to tackle poor performance. See Gov.uk, *Civil Service Reform Plan*, p.28-29.

36 Save for certain exceptions, discussed below.

37 The UK employment tribunals system has jurisdiction for disputes in England and Wales and Scotland, but not Northern Ireland. Certain employment-related claims, such as for higher value breach of contract actions are dealt with instead by the High Court.

dedicated to employment disputes which concern civil servants or other public sector employees[38].

In addition to what might be described as a structural homogeny, there is, moreover, considerable evidence of the judiciary having also played a crucial role in reinforcing a single system of regulation through their application of employment rights legislation. With their power to establish judicial precedents, courts (usually addressing appeals against decisions of employment tribunals) have both reduced the impact of public law principles incorporated into employment protection laws and, in appropriate circumstances, elevated such principles where a simple application of express contractual terms under a private law model may not produce a just outcome.

It is said, for example, that the values, approaches and doctrines of the common law of the contract of employment asserted themselves against the law of unfair dismissal introduced in the early 1970s[39]. The government project at this time of prioritising reinstatement or re-engagement – remedies typically associated with public law – was effectively abandoned in the hands of a system of adjudication rooted in a legal culture which saw the role of employment tribunals as that of awarding compensation for unfair dismissal as if were a breach of contract or a tort[40]. Indeed, even today, despite tribunals still being required under section 112 of the ERA 1996 to first consider, where asked to do so, whether it is appropriate to make an order for re-employment of an employee found to have been unfairly dismissed, such an order is only issued in less than 1 % of successful cases.

A further concept imported from public law principles and used to define the notion of « *unfairness* » was that of « *reasonableness* » : a concept bearing similarities to ideas of legality and rationality. The impact of this, too, was mitigated by judicial interpretation, which was clearly resistant to the arguably demanding standard that employers needed to act « *reasonably* » towards employees. Case law[41] of the late 1970s and early 1980s instead shifted the test of unfairness away from the basic notion of reasonableness to employers having to act, « *within the band of reasonable responses* ». This less rigorous and more subjective test of whether an employer has acted unfairly or not may be said to have remoulded this public law conception of reasonableness into more of a private law notion of contractual freedom constrained by commercial and industrial custom[42].

---

38 Although civil servants have attempted to make use of a public law mechanism known as « *judicial review* » to challenge decisions made by their public sector employer : see D., 2. below.

39 DAVIES/FREEDLAND, p. 324.

40 DAVIES/FREEDLAND, p. 324.

41 Such as *Watling & Co Ltd v Richardson* [1978] Industrial Cases Reports 1049 and *British Leyland UK Ltd v Swift* [1981] Industrial Relations Law Reports 91.

42 See DAVIES/FREEDLAND, p. 324-327.

Private sector employers, in particular, fearful of the strict application of concepts typically associated with public law, have been assuaged by this judicial approach to employment protection rights, which has arguably had the effect of averting further calls for separate systems of regulation for private sector and public sector employment.

Similar resistance by the judiciary to a demarcated public/private system of employment regulation has also been witnessed in the curtailment, by administrative courts, of attempts by public sector workers to use the public law procedure of judicial review to protect their employment interests. Such actions will generally fail on the ground that most public sector workers are already protected under the wider legal framework of employment protection. Courts have made it clear that such public law remedies will only be available to public sector workers under limited conditions[43].

D. « *Divergences* » in a uniform system of regulation

1. Exceptions to the general rules for particular public employees

To the extent that it may be said that there was, in reality, a difference in treatment between private sector workers and those employed in the public sector, any such demarcation was gradually blurred during the course of the twentieth century. Many public sector workers, such as teachers, nurses and local authority staff were, with contracts of employment, typically recognised as having a legal status akin to that of private sector employees. In the absence of a separate legal regime applying to public servants, many public employers, like private employers, operate distinctive internal policies, codes of conduct and other rules which, for example, may place restrictions on outside or political activities[44].

For those employed in the *Civil Service*, as discussed above, various court decisions rejected the traditional assumption that there was no contract of employment and that principles of public law therefore had to apply[45]. At the same time, the main provisions of employment protection legislation were expressly extended to State employees such as *civil servants*, prison officers and the armed forces[46].

There are nevertheless some important formal (and practical) differences to be mentioned, including recently introduced measures which distinguish between those involved in public service delivery and those not.

---

43 This is discussed in more detail in D., 2. below.

44 The number and diversity of public employers prevents a detailed analysis here.

45 Such as *R v Civil Service Appeal Board, ex parte Bruce* [1988] Industrial Court Reports 649 and *R v Lord Chancellor's Department, ex parte Nangle* [1991] Industrial Relations Law Reports 343.

46 ERA 1996, sections 191-193.

a) The *Civil Service*

Employment legislation has never expressly accorded to employees of the Crown employment status. Nowhere has the long-standing common law rule, that civil servants can be dismissed at will, been expressly abolished by legislation. Jurisprudence has nevertheless favoured the idea that, objectively viewed, there will in most cases be an intention to create legal relations and therefore, a contract of employment. Moreover, employment protection legislation treats Crown employees as if they were employees, according them most of the statutory protections enjoyed by private sector workers.

For civil servants, the main exceptions to the statutory protections are the right to a minimum notice period for termination of employment[47], and the right to a statutory redundancy payment[48], both of which are guaranteed for other employees under the ERA 1996. That civil servants are excluded from these rights is arguably of limited significance in practice.

Perhaps of greater importance as an exception is the limited category of public sector workers known as *office-holders*. Their role is more likely to be recognised by courts as not having been created with a contract of employment. Their position being defined by legislation or through prerogative powers of the relevant public authority, rights and obligations will instead be fixed by the enabling powers of the appointing authority. Albeit limited in number, such individuals will, in the absence of a contractual relationship, be unable to rely on ordinary tribunals and courts to exercise their legal rights, but must instead turn to judicial review and associated rules of civil procedure[49].

Mention should also be made of recent changes to the *Civil Service Code*. The *Civil Service Code*, which was first published in 1996, is an internal code of conduct which sets out the core values and standards expected of all civil servants[50]. In 2010, after years of debate, the Government introduced the *Constitutional Reform and Governance Act 2010* (CRGA 2010). This placed most of the *Civil Service* on a statutory basis for the first time, codifying the Royal Prerogative powers which Government Ministers previously had to manage the *Civil Service*. It did not, however, take the opportunity to clarify the employment status of

---

47 The usual right to a minimum period of notice of termination of employment is provided under section 86 of the ERA 1996. Its denial to civil servants is rooted in the traditional doctrine of dismissal at will, which is enshrined in the model contract for senior civil servants, although not generally relied upon in practice : see MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide, p. 164.

48 Under ERA 1996, section 135. Separate provision for compensation in cases of redundancy is made in the *Civil Service Compensation Scheme*.

49 See COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 199 and 2. below.

50 This does not apply to other public sector workers beyond the core *Civil Service*, and it should be noted that civil servants working for the Scottish Executive have their own version of the Code.

civil servants. Nevertheless, among the changes made, it required that the *Civil Service Code* formed part of the terms and conditions of service for any civil servant it covers[51]. As a minimum, civil servants are, under the *Code*, expected to act with « *integrity and honesty* » as well as « *objectivity and impartiality* ». Although this requirement is expressly set out in the CRGA 2010, this does not make non-compliance actionable under the legislation, but rather elevates the consequences for a violation of these principles to that of a potential breach of contract.

Also established on a statutory basis was the *Civil Service Commission*, a « *non-departmental government body* » independent of the Government and of the *Civil Service* which seeks to ensure that civil servants are appointed on merit on the basis of fair and open competition, and which hears and determines complaints raised by civil servants about non-compliance of colleagues with the *Civil Service Code*[52]. The *Code*, however, explicitly excludes human resources issues from being raised under it[53].

Indeed, while the legislation is undoubtedly of constitutional significance, and offers greater safeguards particularly for the recruitment of senior civil servants, its relevance to the regulation of the employment of civil servants is limited. It seeks to reinforce the impartiality of the central *Civil Service*, but does not constitute an alternative to, or replacement for, existing employment protection rights. The existing legal framework, broadly applying to all employees, including civil servants, remains unaffected.

b) Other types of public employee

Although most public sector workers have contracts of employment and access to the statutory protections available under the general legal framework, there are certain categories of public servant which are excluded. Typically, such restrictions concern the right to strike and the right to participate in political activities. With regard to prohibitions on the right to strike, the rationale behind this can usually be found in the protection of law and order, preserving national security and ensuring the supply of essential services. Limitations on the civil law freedom to take part in political activities, on the other hand, are more usually justified by the need to preserve the appearance of political neutrality[54].

Police officers form one particular category of public servant whose employment status is exempt from the wider legal framework applying to labour relations. Not only are police officers regarded, under the common law, as not having contracts of employment, but they

---

51 Constitutional Reform and Governance Act 2010, section 5(8).

52 Civil Service Commission. As established under sections 10-14 of the Constitutional Reform and Governance Act 2010.

53 Gov.uk, *Statutory Guidance, The Civil Service code*.

54 COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 200.

are also excluded from most of the protective provisions of the ERA 1996, including the right not to be unfairly dismissed[55]. They are instead viewed as independent officers capable of exercising legal powers derived from the nature of the office. Although covered by equality legislation, they are also formally excluded from collective rights : they are not recognised as employees or workers under TULRCA 1992 and cannot take part in industrial action nor establish or become part of a trade union[56].

Likewise, members of the armed forces are also not considered to have contracts of employment, nor may they avail themselves of rights under the ERA 1996[57]. They are outside the scope of the national minimum wage[58] and are also excluded from statutory collective rights[59]. They are however protected under anti-discrimination rules contained in the Equality Act 2010, except in relation to age and disability[60].

Prison officers, once excluded from unfair dismissal protection in the same way as police officers, are now given access to employment protection rights and the right to form a trade union. They are however prohibited from taking part in industrial action as a result of legislation in the field of criminal justice, which introduced a statutory duty not to induce a prison officer to take (or continue to take) any industrial action or to commit a breach of discipline[61].

2. Availability of public law remedies : judicial review and human rights

The exclusion of certain office-holders and public sector workers from contractual rights and employment protection mean that such individuals may be limited to pursuing public law remedies where the actions of their employer are concerned. Standards of public law may even offer entitlements which go beyond those found in employment legislation: notions of fairness of procedures and limits on the abuse of power, not specifically regulated under labour protection laws, may be challenged in the employment context, while more effective remedies are also available, such as rendering void a decision to dismiss[62].

---

55 ERA 1996, section 200.

56 DEAKIN/MORRIS, p. 196.

57 ERA 1996, sections 192(1) and (2).

58 National Minimum Wage Act 1998, section 37.

59 TULRCA 1992, section 274.

60 Equality Act 2010, section 83.

61 As described in DEAKIN/MORRIS, p. 197 ; Criminal Justice and Public Order Act 1994, sections 127(1)-(2) and amended by the Criminal Justice and Immigration Act 2008, section 138.

62 See COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 200.

Two potential options are open to public sector employees which are generally not available to their private sector counterparts: applications for judicial review and proceedings under the *Human Rights Act 1998* (HRA 1998)[63] against a « *public authority* » which it is alleged has acted or proposes to act incompatibly with a right of the European Convention on Human Rights (ECHR).

a) Judicial review

Judicial review is a procedure under English administrative law by which the courts in England and Wales supervise the exercise of public power on the application of an individual or organisation. Under Civil Procedure Rules which govern English court proceedings, it is defined as, « *a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function* »[64].

There are various examples of public sector workers having used judicial review in order to protect their interests. However, in the leading, yet often criticised[65], 1985 case of *R v East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh*[66], it was made clear that in addition to the procedural obstacles faced by applicants for judicial review[67], it will only be under limited conditions that a claim deriving from the employment relationship would succeed. In particular, an application may be rejected if the court considers there to be an alternative remedy available, such as those available under contract or under unfair dismissal law, even if this remedy is not truly equivalent to those which are offered under public law[68]. It will also not be enough that the employer is a public body, but that exceptional circumstances apply which make the action in question « public », arising out of the exercise of statutory duties or powers, and not just rights arising directly out of the private contractual relationship.

It should also be noted that judicial review also presents the basis for action in relation to a failure by a public authority to comply with the "public sector equality duty", extended in 2011 under the *Equality Act 2010*[69]. This duty, applying to public bodies and those carrying out public functions, demands that such organisations have due regard to the need

63 Human Rights Act 1998, sections 6 and 7.

64 Civil Procedure Rules, rule 54.1.

65 See, for example, POOLE.

66 [1985] Queen's Bench 152.

67 In particular, that applications for judicial review may only be made with the permission of the court and within the short time limits.

68 See MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide, p. 165.

69 Equality Act 2010, section 149. Section 157 makes it clear that a failure to perform an aspect of the duty does not give rise to a private cause of action.

to eliminate unlawful discrimination[70], advancing equality of opportunity for people in protected groups and encouraging people from protected groups to participate in public life. This goes beyond standard protection against discrimination by implying a form of positive action. Moreover, as it concerns the exercise, « *of all of its functions* », it applies not just to service delivery but also to employment. Examples given in the *Explanatory Notes* to the 2010 Act include a police authority reviewing its recruitment procedures to ensure that they do not unintentionally deter ethnic minority applicants and a large government department providing its staff with training and guidance with the aim of fostering good relations between transsexual staff its non-transsexual staff[71].

b) Human rights

The introduction, in 2000, of the HRA 1998, presented a further potential avenue for employees of public bodies[72] to take direct action against their employer in relation to behaviour alleged to be incompatible with rights under the ECHR. This option is thought to be of broader scope than that available under judicial review procedures, given that its application, for employees of « *pure* » public authorities at least[73], does not depend on the act also being of a 'public' nature ; in effect, *all* their acts are susceptible to challenge. A claim must nevertheless be brought by the victim of the act in question[74]. Where the act is found to be unlawful, the court or tribunal may grant whatever relief or remedy within its powers which it considers just and appropriate, although compensation may be awarded only where, in the circumstances, this is necessary to afford 'just satisfaction' to the person in whose favour it is made[75].

A number of Convention rights will be of potential significance in the employment context, in particular, the right to a fair hearing and internal disciplinary procedures, the right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly and association and prohibition of discrimination. Although domestic jurisprudence remains fairly limited, case law from Strasbourg

---

70 In the field of race, disability, gender, age, sexual orientation, religion or belief, gender reassignment and pregnancy and maternity.

71 Equality Act 2010, Explanatory Notes, section 484.

72 As well as potentially for employees of private bodies with public functions (see below).

73 There is considerable judicial and academic debate as to the extent to which those employed by private bodies with functions of a public nature may also be able to rely on the Act. See MORRIS, The Human Rights Act and the Public/Private Divide in Employment Law ; MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide, p.166-168.

74 Human Rights Act 1998, section 7(3).

75 Human Rights Act 1998, sections 8(1), (2) and (3).

generally indicates a reticence on the part of the judiciary to find interferences with Convention rights in the arena of labour relations[76].

E. Conclusion

Despite its contrast with other continental systems, the overall absence in the UK of any formal distinction between the regulation of public sector and private sector employment has not proved to be a topic of particular political or legal controversy.

While it is true that most public servants are protected by employment legislation and are considered to have enforceable contractual rights and obligations, important differences do nevertheless exist with private sector employment which acknowledge the distinctive characteristics of the State : for various reasons, certain types of public sector worker are specifically excluded from general employment protections and collective rights ; public sector employees have increasingly sought to challenge employment-related decisions through judicial review or by way of legal actions based on alleged human rights breaches ; and many public sector employees, particularly those in the central *Civil Service*, are subjected to – often contractual – policies and procedures which reflect the *Civil Service* core values of honesty, integrity, impartiality and objectivity.

Against the backdrop of fragmentation in the delivery of public services and the modern day reality that many private sector employees hold identical roles to their public sector counterparts, there is arguably less demand than ever before for distinctive regulation of State employment. However, a number of commentators instead argue that the reverse is true, and that the principle of democratic accountability and the nature of State power justifies the application of constraints on its actions as an employer which go beyond those which may be applied to employers in the private sector[77].

The use of public money in personnel matters, transparency surrounding the treatment of wrongdoing by staff and rigorous and open recruitment and dismissal procedures are all cited as reasons for which the State as an employer might warrant special constraints[78]. Another argument for differential treatment of employment in the delivery of public services derives from a view of regulation which cuts across the traditional « *public/private* » divide : this is the « *functional* » approach, based exclusively upon the nature of the role that those who operate public services perform, regardless of whether they are in the public or private sector. This, for example, may justify limiting, in the name

---

76 See COLLINS/EWING/MCCOLGAN, p. 575.

77 See MORRIS, Employment in Public Services ; MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide ; FREDMAN/MORRIS.

78 See MORRIS, Employment in Public Services, p. 174-176.

of continuity, the freedom of certain groups of workers to take industrial action ; it might permit restrictions on workers' rights of freedom of association and expression in order to uphold the principle of objectivity ; it could warrant stringent rules on conflicts of interest and the acceptance of gifts and hospitality[79].

Recent changes to the internal *Civil Service Code*, as well as greater scrutiny of the appointment of senior civil servants, as introduced under the *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, perhaps represent some acknowledgment by lawmakers of these particular characteristics of State employment. Likewise, the introduction of the « *public sector equality duty* » illustrates a recognition of the distinctive role and responsibilities of the delivery of public services, including with regard to employment practices.

Such developments, arguably constituting « *divergences* » in the regulation of private sector workers and those in State employment, may be described as modest. They are nevertheless a reflection of the different challenges the UK faces in an environment of increasingly fragmented public service delivery. Unlike other countries concerned more with how to reconcile separate legal regimes and rules applying to public and private sector employment, it is perhaps preserving and upholding the distinctive qualities of public service delivery which, in the UK, will remain the focus of future reforms.

II. Bibliography

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

CIVIL SERVICE COMMISSION, Website, available at http://civilservicecommission.independent.gov.uk/.

COLLINS HUGH/EWING KEITH D./MCCOLGAN AILEEN, Labour Law Text and Materials, 2e éd., Oxford, 2005.

DAVIES PAUL/FREEDLAND MARK, The Impact of Public Law on Labour Law, 1972-1997, Vol. 26, No. 4 Industrial Law Journal, 1997, pp. 311-335.

DEAKIN SIMON/MORRIS GILLIAN S., Labour Law, 6e éd., Oxford, 2012.

ELLIOTT CATHERINE/QUINN FRANCES, English Legal System, 4e éd., Harlow, 2002.

FREDMAN SANDRA/MORRIS GILLIAN S., The State as Employer : Labour Law in the Public Services, London, 1989.

FREDMAN SANDRA/MORRIS GILLIAN S. (ILJ), The State as Employer : Is it Unique?, 19, Industrial Law Journal, 1990, pp. 142-153 ; cité : FREDMAN/MORRIS (ILJ).

[79] MORRIS, Employment in Public Services, p. 178-179.

GOV.UK, Statutory Guidance, The Civil Service code, available at https://www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code.

GOV.UK, The Civil Service Reform Plan, June 2012, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/305148/Civil-Service-Reform-Plan-final.pdf.

HONEYBALL SIMON, Honeyball & Bowers' Textbook on Labour Law, 9e éd., Oxford, 2006.

MORRIS GILLIAN S., The Human Rights Act and the Public/Private Divide in Employment Law, Industrial Law Journal, Vol. 27, 1998, p. 293.

MORRIS GILLIAN S., Employment in Public Services : The Case for Special Treatment, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 20, No. 2, 2000, pp. 167-183 ; cité : MORRIS, Employment in Public Services.

MORRIS GILLIAN S., The Future of the Public/Private Labour Law Divide, in : Barnard Catherine, Morris Gillian S. and Deakin Simon, The Future of Labour Law, Oxford 2004, pp. 159-178 ; cité : MORRIS, The Future of the Public/Private Labour Law Divide.

POOLE THOMAS, Judicial Review and Public Employment: Decision-Making on the Public-Private Divide, Industrial Law Journal, Vol. 29, 2000, p. 61.

Quatrième partie – Synthèse

STÉPHANIE PERRENOUD

En guise de synthèse – Quelques considérations au sujet de l'opportunité et des possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme

Sommaire Page

I. L'opportunité de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme 456
A. Les convergences observables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique 458
1. La « *socialisation* » et la « *publicisation* » du droit privé 458
2. La « *privatisation* » du droit de la fonction publique 460
3. La garantie d'un socle commun de protection par le droit public de protection des travailleurs 461
B. Les divergences observables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique 463

II. Les possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme 466
A. Une application uniforme de la loi fédérale sur le travail à toutes les relations de travail 468
B. Une application uniforme du Code des obligations à toutes les relations de travail 469

III. Les solutions prônées ailleurs en Europe 470
A. La situation en Allemagne 473
B. La situation en Belgique 474
C. La situation en Espagne 476
D. La situation en France 478
E. La situation en Italie 481
F. La situation au Royaume-Uni 482

IV. Conclusion 482

I. L'opportunité de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme

Le projet de recherche « *Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme ?* » initié par les Professeurs JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON, en 2013, et financé par le Fonds national suisse FNS, avait pour but de comparer le droit de la fonction publique et le droit privé du travail afin de déterminer si l'élaboration d'un régime uniforme pourrait constituer une alternative au dualisme actuel.

Malgré les nombreuses convergences observables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique (*infra*, A.), force est d'admettre que des différences subsistent (*infra*, B.). Le principal obstacle à l'uniformisation résulte du fait, que, dans la fonction publique, les principes généraux du droit public et les droits fondamentaux sont applicables, alors qu'ils ne le sont en principe pas directement dans le secteur privé. Si les rapports entre les collectivités publiques et leur personnel venaient à être régis par une législation de droit privé, la liberté contractuelle qui règne dans les relations entre particuliers demeurerait donc nécessairement encadrée.

Le point de savoir s'il serait envisageable et souhaitable de mettre en place un régime unique des relations de travail en Suisse a d'ailleurs fait l'objet d'un débat organisé par l'Université de Neuchâtel, le 1er octobre 2015, qui a mis en présence des représentants des milieux syndicaux et patronaux, deux parlementaires, la responsable du service juridique de l'Office du personnel de la Confédération, ainsi qu'un avocat spécialiste du droit privé du travail et du droit de la fonction publique[1]. Si les différents partenaires sociaux présents tendent à répondre par la négative à cette question, leur opinion constitue cependant le reflet de leur crainte de se voir appliquer un régime ne correspondant pas à leurs conceptions et intérêts : les milieux patronaux sont ainsi opposés à ce que la réglementation rigide propre à la fonction publique soit transposée dans le secteur privé, en raison, principalement, de l'incidence néfaste que cette solution exercerait sur l'économie ; de l'autre côté, les syndicats repoussent farouchement l'idée d'appliquer les règles de droit privé dans la fonction publique, pointant du doigt l'affaiblissement de la

[1] Les huit personnes qui ont participé à ce débat, intitulé « *Vers un régime unique des relations de travail en Suisse ?* » sont, par ordre alphabétique : M. Didier Berberat (Conseiller aux Etats ; NE – PS), M. Jean-Marc Beyeler (chef du service juridique du Centre patronal), M. Lionel Capelli (directeur-adjoint de la Fédération des entreprises romandes du canton de Neuchâtel ; FER), M. Eric Cerottini (avocat spécialiste en droit du travail), M. Luca Cirigliano (secrétaire central de l'Union syndicale suisse ; USS), M. Raphaël Comte (Conseiller aux Etats ; NE – PLR), M. Stefan Giger (secrétaire général du Syndicat suisse des services publics ; SSP) et Mme Corinne Raschlé (responsable du service juridique de l'Office fédéral du personnel ; OFPer).

protection qui en résulterait pour les employés publics. La réponse donnée par les représentants des associations patronales et les syndicalistes ne saurait donc être regardée comme un refus de principe de s'acheminer vers une réglementation unique des rapports de travail en Suisse. En effet, alors que les milieux patronaux ne seraient pas contre l'idée de soumettre l'ensemble des relations de travail aux règles du Code des obligations, à l'inverse, une application généralisée du droit public obtient les faveurs des syndicats. Bien que certains participants aient également brandi l'argument selon lequel l'élaboration d'un droit du travail uniforme reviendrait à nier les différences qui existent entre les divers secteurs de l'emploi et à supprimer des parts de la liberté dont bénéficient aujourd'hui les partenaires sociaux, cette théorie ne fait pas obstacle à la mise en place d'une législation-cadre uniforme sur la base d'une solution consensuelle. L'une des forces du droit du travail helvétique résidant dans le partenariat social, qui permet aux employés et aux employeurs de négocier les conditions de travail, il ne faut pas perdre de vue que la condition *sine qua non* préalable à la mise en place d'un régime uniforme serait de toute façon que les partenaires sociaux parviennent à un accord. Si un consensus ne paraît pas encore se dessiner à l'heure actuelle, cela n'exclut pas pour autant qu'une proposition équilibrée de législation commune à l'ensemble des rapports de travail soit susceptible de rallier le plus grand nombre dans un plus ou moins proche avenir.

Le fait que le Conseil fédéral puisse sembler opposé à l'idée de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme atteste également de la nécessité de mener une réflexion de fond sur l'opportunité de parvenir à un tel résultat et sur les différentes possibilités qui permettraient de l'atteindre. Dans son Message du 18 juin 2010 relatif à l'initiative populaire « *6 semaines de vacances pour tous* », si le Conseil fédéral a appelé au rejet de celle-ci, c'était, en effet, en partie, par crainte qu'une réglementation uniforme de la durée des vacances applicable dans le privé et dans la fonction publique n'ouvre la voie à l'élaboration d'une véritable législation commune dans les secteurs privé et public, car ce procédé générerait une atteinte « *à la souveraineté cantonale dans le domaine du statut de la fonction publique* »[2].

En ce qu'il permet de mettre en évidence les forts phénomènes de convergence qui existent entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique et présente des pistes susceptibles de mener à une unification, nous espérons que le projet lancé par les Professeurs JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON contribuera à dissiper la méfiance que peut susciter l'élaboration d'un droit uniforme du travail.

---

[2] Message relatif à l'initiative populaire « *6 semaines de vacances pour tous* » du 18 juin 2010, FF 2010 4251 (4264-4265).

A. Les convergences observables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique

L'évolution du droit privé du travail et du droit de la fonction publique laisse transparaître une tendance à la convergence. Bien que les relations de travail du secteur privé et celles du secteur public fassent, en principe, toujours l'objet de deux régimes séparés (le Code des obligations s'applique dans les rapports entre employeurs et employés du secteur privé, alors que les relations entre l'Etat et son personnel sont organisées par des statuts de droit public), des rapprochements entre ceux-ci sont perceptibles. On constate, en effet, d'une part, des phénomènes de « *socialisation* » et de « *publicisation* » du droit privé du travail (*infra*, 1.), et, d'autre part, un mouvement inverse, c'est-à-dire une « *privatisation* » de la fonction publique (*infra*, 2.). De par la garantie d'un socle commun de protection, le droit public de protection des travailleurs mène par ailleurs à une certaine uniformisation des conditions de travail qui prévalent dans les secteurs privé et public, jouant ainsi un rôle unificateur (*infra*, 3.).

1. La « *socialisation* » et la « *publicisation* » du droit privé

Si, à l'origine, les relations contractuelles entre employeurs et employés étaient laissées à la libre appréciation des parties, leur liberté a peu à peu été encadrée, dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle, afin de remédier aux abus dont les travailleurs étaient victimes. Ce phénomène de « *socialisation* » du droit privé, qui poursuit le but de garantir une protection aux travailleurs, en leur qualité de partie faible au contrat, s'est manifesté par l'adoption de règles de droit public (LFab 1877[3], puis LTr[4], notamment) et par l'introduction de normes impératives dans le droit privé. Dès l'origine, le Code des obligations a d'ailleurs consacré une réserve en faveur du droit public de protection des travailleurs (*cf.* art. 349 CO 1881[5], 362 aCO et 342 CO[6]). L'octroi d'effets de droit privé, dès le 1^er^ janvier 1972, aux dispositions qui imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail (art. 342 al. 2 CO), a également contribué à la « *socialisation* » du droit privé.

Depuis quelques années, le mouvement de « *socialisation* » semble se transformer en un phénomène de « *publicisation* » du droit privé, qui revêt différentes formes, qui ont toutes en commun de restreindre la liberté contractuelle des parties. Ainsi, l'application de

---

3 Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877 (LFab 1877), RO 3 224.

4 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

5 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, RO 5 577 (FF 1881 III 73).

6 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

principes inhérents au droit public dans les rapports de travail régis par le Code des obligations (l'art. 328 CO, consacré à la protection de la personnalité du travailleur, permet au juge d'appliquer des principes typiques du droit public, comme, notamment, l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire et le droit d'être entendu)[7], l'adoption, par l'administration, de règles qui remettent en question des principes clé du droit privé (l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, édictée par le Conseil fédéral le 20 novembre 2013[8] afin de mettre en œuvre l'initiative populaire fédérale « *Contre les rémunérations abusives* »[9], par exemple, pose des limites à la liberté d'arrêter les rémunérations versées, notamment, aux membres des conseils d'administration ; ce texte interdit également l'octroi de certains types d'indemnités et prévoit des sanctions pénales à l'encontre des contrevenants) ou encore le recours à des moyens de droit administratif pour régler certains aspects des relations contractuelles (avec effet au 1er juin 2014, le principe de la rémunération du temps passé à allaiter a été introduit par le biais d'une modification de l'art. 60 al. 2 OLT 1[10], bien qu'il eût été plus exact de consacrer celui-ci dans le Code des obligations, p. ex.), sont des procédés qui conduisent à une limitation de la liberté contractuelle et qui constituent des illustrations de la tendance à la « *publicisation* » du droit privé.

Le droit international de protection des travailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) et le droit européen exercent également une incidence non négligeable sur le droit interne, qui peut avoir pour effet de restreindre la liberté contractuelle[11]. A titre d'exemple, nous mentionnerons la loi fédérale sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 (LDét)[12], qui, dans le dessein d'éviter que la libre circulation des travailleurs introduite par l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)[13] n'entraîne une sous-enchère salariale ou sociale, règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger (art. 1 LDét) ; cette loi a

---

7 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 4A_384/2014 du 12 novembre 2014 ; ATF 130 II 425 ; ATF 129 III 276. Sur ce point, *cf.*, également notre contribution sur l'évolution historique du droit du travail dans le présent ouvrage, pp. 1-222, pp. 57-73.

8 Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAb), RS 221.331.

9 Initiative populaire fédérale « *Contre les rémunérations abusives* », acceptée le 3 mars 2013, RO 2013, 1303.

10 Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1), RS 822.111.

11 Sur ce point, *cf.* la contribution de KURT PÄRLI dans le présent ouvrage, pp. 243-258, pp. 246-250.

12 Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDét), RS 823.20.

13 Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, JO L 114 du 30 avril 2002, pp. 6-63, RS 0.142.112.681.

notamment permis d'accorder aux autorités helvétiques la compétence d'arrêter des salaires minima impératifs en cas d'abus (introduction des art. 360*a-f* CO).

2. La « *privatisation* » du droit de la fonction publique

Si l'évolution du droit privé du travail est marquée par une tendance à la « *socialisation* » et à la « *publicisation* », le droit de la fonction publique s'engage, pour sa part, dans la voie d'une « *privatisation* » croissante. Les dernières années du XX^e^ siècle ont en effet vu les régimes traditionnels de fonction publique se rapprocher du régime du contrat de travail institué par le Code des obligations (art. 319-362 CO).

En ce qu'il tend à appliquer au secteur public les règles de gestion qui prévalent dans le secteur privé, le concept de « *Nouvelle gestion publique* » (NGP), ou « *New public management* » (NPM), qui se développe depuis les années 1980, a donné l'impulsion à l'introduction de davantage de souplesse et de flexibilité dans les rapports de travail entre l'Etat et ses employés. La plupart des statuts régissant la fonction publique a donc subi des amendements vers la fin du XX^e^ siècle, afin de substituer à la rigidité qui caractérise les régimes traditionnels de fonction publique, un cadre légal plus souple, sur le modèle de la réglementation des rapports de travail de droit privé.

Au niveau fédéral, le remplacement du Statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF)[14] par la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers)[15] illustre parfaitement cette tendance. Alors qu'en 1927, le législateur était mû par la volonté de soumettre les rapports de travail entre la Confédération et ses agents à un régime séparé et distinct du Code des obligations (l'adoption du StF devait, en effet, permettre de retirer les relations de travail de droit public du champ d'application du Code des obligations, qui, au vu du caractère fragmentaire de la législation fédérale en la matière au tournant du XIX^e^ siècle, s'était appliqué à titre supplétif dans les rapports de travail entre la Confédération et son personnel), la LPers présente de nombreuses similitudes avec la réglementation du contrat de travail.

Le glissement vers le droit privé est observable à différents égards. Si un assouplissement des conditions d'engagement et des possibilités de résilier est perceptible[16], on relève aussi un encouragement à conclure des conventions collectives de travail (procédé typique du secteur privé et jusqu'alors inconnu du droit public), d'où l'affirmation de l'importance du

---

14 Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (StF), RO 43 459.

15 Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers), RS 172.220.1.

16 La procédure de nomination cède le pas à un engagement sur la base d'un contrat de travail de droit administratif, d'où un phénomène de « *contractualisation* » de la fonction publique (*cf.*, p. ex., art. 8 al. 1 LPers), et le principe de la réintégration de l'employé est peu à peu abandonné.

partenariat social également dans le secteur public (*cf.*, p. ex., art. 33 et 38 LPers). On voit aussi apparaître de nombreux renvois au Code des obligations, dont les dispositions s'appliquent alors à titre de droit public supplétif (*cf.*, p. ex., art. 6 al. 2 LPers). L'Etat dispose en outre de la possibilité, moyennant le respect de certaines conditions[17], de « *privatiser* » les relations qui le lient à certaines catégories de personnels, en arrêtant leurs conditions de travail au moyen d'un contrat de droit privé (*cf.*, p. ex., art. 6 al. 5-7 LPers). Dans les entités de l'administration décentralisée, il arrive même que l'ensemble du personnel soit soumis au droit privé du travail ; ainsi, les personnes employées par la Poste Suisse, la Banque nationale suisse (BNS), Swisscom, ou encore la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA), sont soumises au Code des obligations. Une autre manifestation du mouvement de convergence du droit de la fonction publique vers le droit privé doit encore être relevée. Celle-ci est le fait du juge de droit public, qui emprunte des principes développés par la jurisprudence de droit privé pour les appliquer aux litiges relevant du droit de la fonction publique[18].

3. La garantie d'un socle commun de protection par le droit public de protection des travailleurs

Bien qu'à l'origine, le droit public de protection des travailleurs semble n'avoir que très peu trouvé application dans les rapports de travail de droit public[19], cette tendance s'est depuis lors atténuée puisque, depuis la fin du XX^{e} siècle, le législateur s'emploie à conférer aux travailleurs des secteurs privé et public une base commune de protection garantie par le droit public. Ainsi, les dispositions protectrices de la santé (art. 6, 35 et 36*a* LTr) ont été décrétées applicables dans les administrations publiques (depuis le 1er mai 1994 dans l'administration fédérale, respectivement depuis le 1er janvier 2000 dans les

17 Pour être autorisé, le recours au droit privé doit nécessairement reposer sur une base légale formelle et respecter le principe de l'égalité de traitement. *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.3-4.2.5 ; ATF 118 II 213, c. 3.

18 *Cf.*, p. ex., TF, arrêt 8C_243/2015 du 17 mars 2016 ; TF, arrêt 8C_873/2010 du 17 février 2011 ; ATF 134 I 204. Sur ce point, *cf.*, également notre contribution sur l'évolution historique du droit du travail dans le présent ouvrage, pp. 1-222, pp. 196-209.

19 Au moment de l'adoption de la LTr, le Conseil fédéral est en effet arrivé à la conclusion que la législation sur le statut du personnel de la Confédération, des cantons et des communes primait le droit public de protection des travailleurs, même en l'absence de toute réserve ou exception énoncée par le second en faveur de la première, si bien que le législateur de la LTr a décidé de soustraire les administrations fédérale, cantonales et communales à toute application de cette loi et d'introduire un art. 71 LTr réservant de manière expresse et absolue les dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public. *Cf.* Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885 (917).

administrations cantonales et communales ; *cf.* art. 3*a* LTr)[20] et la portée de la réserve en faveur de la législation sur les rapports de service de droit public (*cf.* art. 71 lit. b LTr) a été diminuée. Les conditions de travail de certaines catégories de travailleurs du secteur public s'étant révélées inférieures aux minima prescrits par la LTr, l'art. 71 lit. b LTr a été amendé à deux reprises : avec effet au 1er janvier 2000, il a été décrété que le droit de la fonction publique ne pourrait désormais déroger aux prescriptions de la LTr relatives à la protection de la santé qu'en faveur des travailleurs[21] ; à compter du 1er janvier 2005, les dérogations aux prescriptions de la LTr relatives au temps de travail et de repos en défaveur des travailleurs ont également été interdites[22]. La réserve en faveur des dispositions sur les rapports de travail de droit public ne concerne, toutefois, que les entreprises qui entrent dans le champ d'application de la LTr : si l'entreprise publique est totalement soumise à la LTr, la réserve de l'art. 71 lit. b LTr lui est applicable dans son intégralité[23] ; si l'entité n'est que partiellement soumise à la LTr (art. 3*a* LTr), en revanche, la réserve ne s'étend qu'aux prescriptions qui concernent la protection de la santé (de sorte que le statut de la fonction publique peut librement déroger aux dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos)[24]. Dans les entreprises publiques qui échappent à toute application de la LTr (la Poste Suisse et les CFF, en vertu de l'art. 2 al. 1 lit. b LTr, p. ex.), la réserve ne joue aucun rôle ; les conditions de travail sont en effet exclusivement régies par le droit public applicable (la LDT[25], p. ex.), sans nul besoin de respecter les minima arrêtés par la LTr.

Nous relèverons encore que les lois spéciales de protection des travailleurs (la LTrD[26] et la LDT, notamment) s'appliquent généralement indifféremment dans les rapports de travail de droit privé et de droit public. Ces textes ne contiennent en effet aucune réserve en faveur des dispositions fédérales, cantonales et communales sur les rapports de service de droit public. Dans certains autres domaines spécifiques, des lois régissent également à la fois

---

20 *Cf.* Modification de la LTr du 8 octobre 1993, RO 1994 1035 ; Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569.

21 Modification de la LTr du 20 mars 1998, RO 1998 1569.

22 Modification de la LTr du 22 mars 2002, RO 2002 2547.

23 Sont visés, notamment, les établissements de droit public dotés de la personnalité juridique (les écoles polytechniques fédérales de Lausanne et Zurich, la CNA/SUVA ou encore les universités cantonales, p. ex.), ainsi que les entreprises mentionnées à l'art. 4 OLT 1.

24 Il en va ainsi, notamment, dans les administrations fédérale, cantonales et communales (*cf.* art. 2 al. 1 lit. a et art. 3*a* LTr). Dans l'administration centrale, le statut de la fonction publique peut donc librement déroger aux dispositions de la LTr relatives au temps de travail et de repos, et ce, même à l'égard des travailleurs dont les rapports de travail ont été soumis au droit privé.

25 Loi fédérale sur le travail dans les entreprises de transports publics du 8 octobre 1971 (LDT), RS 822.21.

26 Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD), RS 822.31.

les relations de travail de droit privé et celles liant l'Etat à son personnel (LEg[27], LPD[28], p. ex.).

B. Les divergences observables entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique

Nous venons de constater que le droit privé du travail et le droit de la fonction publique ont tendance à se rapprocher. Malgré de nombreuses convergences (*supra*, A.), ces deux régimes présentent cependant encore des différences significatives[29].

En premier lieu, si le droit privé du travail est un droit unifié, qui repose sur le Code des obligations[30], tel n'est pas le cas du droit de la fonction publique, qui se décline en une multitude de statuts. Avant de songer à soumettre l'ensemble des relations de travail à une réglementation commune, il conviendrait donc, au préalable, d'uniformiser le droit applicable au personnel de l'Etat (*infra*, II.).

Ensuite, bien qu'un phénomène de « *contractualisation* » de la fonction publique soit observable[31] (*supra*, A., 2.), certains statuts subordonnent toujours la naissance des rapports de travail à une procédure de nomination. Dans ce cas, la relation entre l'Etat et son personnel résulte d'une décision unilatérale de l'administration. Il s'agit là d'une différence importante d'avec le secteur privé, où la création de la relation de travail découle de la conclusion d'un contrat de travail, soit d'un acte bilatéral. En présence d'un contrat, une modification des conditions de travail n'est possible que moyennant l'accord des parties. A l'inverse, lorsque la relation de travail entre l'Etat et son personnel repose sur une décision, les conditions de travail peuvent être amendées de manière unilatérale.

Une autre différence découle du fait que, dans la fonction publique, les employés jouiraient de certains privilèges par rapport aux employés du secteur privé. Ils bénéficient, par exemple, en principe, d'une protection accrue contre le licenciement. Si le principe de la réintégration de l'employé injustement licencié semble toutefois perdre de l'importance,

---

27 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

28 Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD), RS 235.1.

29 Pour un aperçu des principales différences qui subsistent entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, *cf.* la contribution de THOMAS GEISER dans le présent ouvrage, pp. 279-298.

30 Les conventions collectives de travail apportent cependant de la diversité au droit privé du travail, puisqu'elles permettent aux partenaires sociaux, dans le respect des dispositions impératives et semi-impératives du Code des obligations (*cf.* art. 361-362 CO), d'adapter les conditions de travail aux particularités du secteur concerné.

31 Le terme de « *contractualisation* » fait référence au recours, dans la fonction publique, à un contrat de travail de droit administratif ou de droit privé. L'engagement repose ainsi sur un contrat bilatéral et non pas sur une décision unilatérale.

il n'en demeure pas moins qu'il est généralement toujours moins aisé de licencier dans le secteur public que dans le secteur privé, où la liberté de résilier n'est qu'encadrée par certains garde-fous (*cf.* art. 336-336*d* CO). Dans la fonction publique fédérale, par exemple, l'employeur ne peut résilier un contrat de travail que pour des « *motifs objectifs suffisants* » (*cf.* art. 10 al. 3 LPers) et, à la condition d'avoir pris toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service lorsque la résiliation du contrat de travail n'est pas motivée par une faute de l'employé (*cf.* art. 10 al. 3 et 19 al. 1 LPers) ; au demeurant, les indemnités dues en cas de licenciements injustifiés peuvent atteindre des montants plus élevés que dans le secteur privé (*cf.* art. 19 al. 5-7 LPers) et il n'est pas rare que des mesures de soutien dans la transition professionnelle (recyclage, replacement externe, recherche d'emploi) soient mises en œuvre (*cf.*, p. ex., art. 19 et 31 LPers). Dans les rapports entre l'Etat et son personnel, les principes constitutionnels limitent également les possibilités de licencier (interdiction de l'arbitraire, notamment ; *cf.* art. 9 Cst.[32]). La fonction publique offre aussi des avantages en matière de congés. Si le Code des obligations garantit le droit à un congé de maternité de 14 semaines (art. 329*f* CO), assorti du versement d'allocations de maternité couvrant le 80 % du salaire (*cf.* art. 16*b*-*h* LAPG[33]), dans le secteur public, les réglementations sont en principe plus généreuses (la LPers, p. ex., consacre le droit à un congé de maternité de 16 semaines avec versement du plein salaire dès la deuxième année de service ; *cf.* art. 60 OPers[34]). La même tendance est observable en matière de congé de paternité[35], de congé d'adoption[36], ou encore de droit aux vacances[37], par exemple. Si les règles du droit de la

[32] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

[33] Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG), RS 834.1.

[34] Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3.

[35] Dans la fonction publique fédérale, les employés ont droit à un congé de paternité rémunéré de 10 jours (art. 40 al. 3 lit. b O-OPers). Le Code des obligations, en revanche, ne régit pas spécifiquement le congé de paternité. Il s'agit d'un « *congé usuel* » au sens de l'art. 329 al. 3 CO, c'est-à-dire d'un congé accordé en raison, notamment, d'« *événements sociaux* » (mariage du travailleur, décès de proches parents, adoption ou naissance, *etc.*), rémunéré sur la base de l'art. 324*a* CO, et dont la durée oscille généralement entre 1 et 2 jours. Pour un aperçu de la pratique suisse en matière de congés de paternité, *cf.* PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité – Etude de droit suisse, international et européen, Staempfli, Berne 2015, pp. 153-155.

[36] Bien que la LPers garantisse le droit à un congé d'adoption rémunéré de 2 mois (*cf.* art. 61 OPers), un tel congé est une institution inconnue du droit privé fédéral. Seuls trois cantons (Genève, Vaud et Fribourg) accordent actuellement le droit à un congé d'adoption aux personnes occupées en dehors de la fonction publique. L'art. 16*h* LAPG autorise en effet les cantons à introduire des allocations d'adoption financées par le prélèvement d'un suppément aux cotisations AVS. Pour un aperçu des congés d'adoption existant en Suisse, *cf.* PERRENOUD (note 35), pp. 149-151.

[37] Les employés de l'administration fédérale ont droit, en règle générale, à 5 semaines de vacances par année civile ; cette durée est augmentée en fonction de l'âge du travailleur (6 semaines de vacances

fonction publique paraissent ainsi plus favorables que celles contenues dans le Code des obligations, il ne faut pas perdre de vue que ces dernières peuvent sans autre être modifiées en faveur des travailleurs. A cet égard, les conventions collectives de travail (CCT) jouent un rôle important pour transposer, dans le secteur privé, les avantages dont bénéficie le personnel des collectivités publiques (*infra*, II.).

Une autre divergence a trait à la procédure à suivre en cas de litiges entre employés et employeurs : lorsque les rapports de travail sont soumis au droit privé, le litige est tranché par la juridiction civile ; s'il s'agit, au contraire, de rapports de travail de droit public, le litige doit être porté devant la juridiction administrative (*cf.*, p. ex., art. 36 al. 1 LPers : « *Un recours peut être formé auprès du Tribunal administratif fédéral contre les décisions prises par l'employeur* »). Rien ne s'oppose, cependant, *a priori*, à ce que les litiges entre l'Etat et son personnel soient soumis à la procédure civile. Dans le Canton de Vaud, en effet, les contestations relatives à l'application de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud sont jugées par le Tribunal de prud'hommes de l'Administration cantonale (TRIPAC-VD), une autorité judiciaire devant laquelle la procédure civile a cours (*cf.* art. 14 et 16 LPers-VD[38]). Au même titre que les jugements rendus par les tribunaux de prud'hommes ordinaires, ceux prononcés par le TRIPAC-VD sont susceptibles d'un recours devant la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois. La procédure mise en place par le canton de Vaud pour régler les différends relevant du droit de la fonction publique cantonale fait toutefois office d'exception[39]. La Confédération et les autres cantons prévoient en effet que ce type de litiges doit être porté devant le juge de droit public, en application de la procédure administrative.

La dernière différence que nous mentionnerons, qui, en réalité, est sans doute la plus importante, réside dans le fait que, dans la fonction publique, les principes généraux du droit public et les droits fondamentaux sont applicables, alors qu'ils ne le sont en principe pas directement dans le secteur privé. Il s'agit là d'une distinction irréductible, étant donné que l'Etat reste tenu de respecter lesdits principes, également dans l'hypothèse où il est lié à son personnel par un contrat de droit privé. Même si une réglementation commune de droit privé – applicable dans le secteur privé, comme dans le secteur public – venait à être adoptée, il subsisterait donc une différence de taille entre les agents publics et les employés privés (*infra*, II.).

---

pour les travailleurs âgés de moins de 20 ans ou de plus de 50 ans, respectivement 7 semaines de vacances dès l'âge de 60 ans ; *cf.* art. 67 OPers). Dans les rapports de travail soumis au droit privé, la durée normale minimale des vacances annuelles est de 4 semaines (cette durée s'élève à 5 semaines au moins pour les travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus ; *cf.* art. 329*a* al. 1 CO).

38 Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers-VD), RSV 172.31.

39 Au sujet des particularités vaudoises, *cf.*, p.ex., NOVIER MERCEDES/CARREIRA SUSANA, Le contentieux devant le Tribunal de Prud'hommes de l'administration cantonale, JdT 2007 III. pp. 5-35.

II. Les possibilités de soumettre l'ensemble des relations de travail à un droit uniforme

Comme nous avons pu l'observer, il existe un phénomène de rapprochement prononcé entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique (*supra*, I., A.). Cette convergence n'est cependant pas synonyme d'une identité des régimes, puisque des divergences subsistent (*supra*, I., B.). La différence principale tient au fait que, dans le secteur public, les principes constitutionnels demeurent nécessairement applicables, quand bien même l'Etat déciderait d'agir sur le terrain du droit privé.

Si l'idée de soumettre l'ensemble des relations de travail à une seule et même réglementation n'apparaît pas en soi irréaliste, il serait toutefois nécessaire, au préalable, d'unifier le droit de la fonction publique, qui, actuellement, se distingue par sa grande variété et son éclatement. L'élaboration d'une réglementation commune à l'ensemble du personnel de l'Etat nécessiterait cependant de réviser la Constitution. Elle s'accompagnerait en effet d'une grande perte d'autonomie pour les Cantons et les Communes (*cf.*, notamment, art. 47 et 50 Cst.), qui ne disposeraient plus de la faculté de déterminer les conditions de travail de leur personnel.

Dans l'hypothèse où un statut unique de la fonction publique, applicable aux niveaux fédéral, cantonal et communal, venait à être élaboré, la question de la mise au point d'une législation unique, commune aux secteurs privé et public, pourrait être abordée. Dans ce cas, il conviendrait alors, en premier lieu, de trancher le point de savoir si la législation doit relever du droit privé (application du Code des obligations de manière généralisée) ou du droit public (soumission de l'ensemble des rapports à la LPers, p. ex.).

Il s'agit là d'une tâche complexe, qui divise les différents milieux politiques et les partenaires sociaux. En atteste le débat organisé par l'Université de Neuchâtel, le 1er octobre 2015. Si les participants ne semblent pas fondamentalement opposés à la mise en place d'un régime unique des relations du travail en Suisse (*supra*, I.), le cadre qu'il conviendrait de donner à ce régime commun a suscité une vive controverse. D'un côté, les milieux patronaux et les partis de droite s'inscrivent en faveur d'une réglementation de droit privé, en raison du caractère souple et flexible de celle-ci, qui permet aux employeurs de réagir rapidement aux changements susceptibles de toucher le marché du travail et donc de garantir à l'économie suisse sa compétitivité ; selon eux, au vu de leur rigidité, les règles du secteur public ne peuvent pas être transposées dans le secteur privé, au risque d'affaiblir l'économie. De l'autre côté, les partis de gauche et les syndicats plaident en faveur du droit public, qui accorde généralement une protection accrue aux travailleurs. L'application des règles du Code des obligations dans la fonction publique aurait donc pour conséquence de diminuer le standard de protection des employés publics. Selon eux, le droit public présente également l'avantage de garantir l'indépendance des employés de l'Etat.

Appliquer le Code des obligations dans le secteur public se traduirait par une plus forte exposition des organes publics aux pressions de leur hiérarchie et aux pressions politiques, procédé susceptible d'entraîner une perte de l'impartialité dont les agents publics doivent faire preuve.

De surcroît, comme nous l'avons déjà mentionné, il existe une différence irréductible entre le droit privé et le droit de la fonction publique : compte tenu que l'Etat, même en sa qualité d'employeur, reste tenu de respecter les principes constitutionnels, la liberté contractuelle qui règne dans le secteur privé ne peut pas être transposée telle quelle dans les relations de travail soumises au droit public. Dans les rapports entre l'Etat et son personnel, la mise en œuvre des règles consacrées dans le Code des obligations sera ainsi toujours tempérée par les principes constitutionnels. Si une application desdits principes dans le secteur privé semble voir le jour, par le biais de la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que pour garantir la sécurité juridique, une généralisation de cette pratique devrait être entérinée par le Constituant ou par le législateur. Il est intéressant de relever, à ce propos, que dans certains Etats (en France, en Italie, en Espagne et en Allemagne, p. ex.), les principes d'ordre constitutionnel imprègnent l'ensemble de l'ordre juridique et s'appliquent donc aussi bien dans les rapports entre l'Etat et les particuliers (effets verticaux) que dans les relations interindividuelles (effets horizontaux). Il s'agit donc là d'une différence de taille par rapport à l'ordre juridique suisse, dans lequel, les droits fondamentaux sont en principe dépourvus d'effets horizontaux directs ; le déploiement de tels effets présuppose nécessairement que les droits fondamentaux aient été consacrés dans une loi (*cf.* art. 35 al. 3 Cst. : « *Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* » ; *infra*, III.). L'art. 3 LEg, qui interdit la discrimination entre les sexes dans les rapports de travail, a, par exemple, permis de transposer le principe fondamental de l'interdiction de la discrimination entre les femmes et les hommes (art. 8 al. 3 Cst.) dans les relations entre particuliers.

La portée non uniforme des droits constitutionnels dans l'ordre juridique suisse ne constitue cependant pas un obstacle absolu au rapprochement des règles applicables aux travailleurs des secteurs privé et public. Nous avons d'ailleurs vu que le droit public de protection des travailleurs tend à garantir un standard de protection commun aux travailleurs de l'économie privée et aux employés des collectivités publiques (*supra*, I., A., 3.). Une certaine uniformisation du droit applicable serait donc susceptible d'être atteinte, par le biais de la soumission de l'ensemble des relations de travail à la LTr (*infra*, A.). Un autre pas vers l'unification pourrait être accompli en prévoyant que le Code des obligations constitue la base minimale pour tous les rapports de travail ; le recours aux CCT, respectivement à une réglementation de droit public spéciale pour les agents de l'Etat qui accomplissent des tâches publiques nécessitant une protection renforcée, permettrait d'adapter les conditions de travail aux particularités des divers secteurs concernés (*infra*,

B.). Afin de parvenir à une unification par le biais des deux solutions que nous proposons, il conviendrait, au préalable, de définir les tâches publiques pour lesquelles il est impératif d'élaborer une réglementation dérogatoire. L'étendue actuelle du droit de la fonction publique se trouverait donc limitée aux seuls agents en charge des tâches qui constituent le cœur, le noyau dur de l'activité étatique, et pour lesquelles l'intérêt public exige que le fonctionnaire soit soumis à des devoirs spéciaux et bénéficie, en contrepartie, de garanties particulières, afin, notamment, d'assurer une impartialité sans faille. La définition des tâches publiques appelant une réglementation spéciale obligerait donc inexorablement à mener une réflexion sur la théorie générale de l'Etat[40].

A. Une application uniforme de la loi fédérale sur le travail à toutes les relations de travail

Une possibilité d'uniformiser la réglementation applicable dans les secteurs privé et public consisterait à soumettre toute relation de travail à la loi fédérale sur le travail (LTr).

Actuellement, la LTr ne s'applique en effet pas de manière uniforme, puisque certaines catégories d'entreprises et de travailleurs font l'objet d'exemptions, totales ou partielles (*cf.* art. 2-4 LTr). En particulier, les administrations fédérales, cantonales et communales échappent partiellement à la LTr (art. 2 al. 1 lit. a, art. 3*a* lit. a LTr), ce qui signifie que seules les dispositions en matière de protection de la santé (qui sont au nombre de trois ; *cf.* art. 6, 35 et 36*a* LTr) y trouvent application.

Supprimer l'exemption formulée en faveur de l'administration centrale reviendrait à appliquer également les normes relatives au temps de travail et de repos dans les administrations fédérale, cantonales et communales. Il s'agit d'un changement important, puisqu'à l'heure actuelle, seules les trois dispositions dédiées à la protection de la santé lient l'administration centrale (*cf.* art. 6, 35 et 36*a* LTr). La portée du droit public réservé (*cf.* art. 71 lit. b LTr) se trouverait donc restreinte, étant donné qu'à l'avenir, aucune prescription de la LTr ne pourrait faire l'objet de dérogations en défaveur des travailleurs ; actuellement, si le droit de la fonction publique ne peut pas déroger aux normes en matière de protection de la santé en défaveur des travailleurs, il peut, en revanche librement s'écarter des prescriptions relatives au temps de travail et de repos (dérogations en faveur comme en défaveur des travailleurs dans l'administration centrale).

Il est intéressant de relever qu'un pas en direction d'une application uniforme de la LTr a déjà été franchi dans l'administration fédérale. On assiste, en effet, depuis quelques années, à une application volontaire de certaines règles de la LTr concernant le temps de

[40] Sur ce point, *cf.* la contribution de VALÉRIE DEFAGO GAUDIN dans le présent ouvrage, pp. 259-278.

travail et de repos dans les rapports de travail entre l'Etat et son personnel, par le biais de renvois directs contenus dans la LPers et dans ses ordonnances d'exécution (*cf.*, p. ex., art. 17 LPers, art. 64 al. 7 OPers, art. 12 al. 4 et 35 al. 1 O-OPers[41]).

Une application uniforme de la LTr pourrait être tempérée en réservant certaines exceptions en faveur des employés de l'Etat qui exercent une tâche publique particulière, nécessitant une adaptation des conditions de travail. Cette exception pourrait être introduite sur le modèle de l'exception partielle qui concerne actuellement les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, une activité artistique indépendante ou une activité scientifique (*cf.* art. 3 lit. d LTr).

B. Une application uniforme du Code des obligations à toutes les relations de travail

Une autre solution intéressante, qui pourrait être couplée à la précédente, consisterait à soumettre l'ensemble des relations de travail à l'application du Code des obligations, tout en autorisant expressément le recours aux CCT et à une réglementation spéciale pour les agents accomplissant des tâches publiques rendant un régime dérogatoire nécessaire. Le Code des obligations servirait de base commune de protection à tout employé occupé en Suisse et les conditions de travail ainsi définies seraient susceptibles d'être adaptées aux particularités des différents secteurs concernés.

Les CCT permettraient aux parties d'introduire une réglementation plus favorable aux travailleurs, allant au-delà du standard minimal prescrit par le Code des obligations. Comme actuellement, des dérogations en faveur, voire en défaveur du travailleur pourraient exister, selon que la règle du Code des obligations est de droit impératif, semi-impératif ou dispositif (*cf.* art. 361-362 CO).

La ou les réglementation (s) spéciale (s) destinée (s) aux différentes catégories d'agents publics assumant des fonctions publiques appelant une adaptation des conditions de travail afin de garantir la bonne marche des services publics et la satisfaction de l'intérêt général serait (ent) conçue (s) comme un régime dérogatoire à celui mis en place par le Code des obligations. Il s'agirait alors de distinguer les dispositions auxquelles l'administration pourrait librement déroger, en faveur comme en défaveur des agents (droit semi-impératif et droit dispositif), des règles ne souffrant aucune dérogation (droit impératif). Les dispositions seraient classées dans les différentes catégories compte tenu de la nature de la tâche publique exercée et des impératifs liés à la réalisation de celle-ci.

---

[41] Ordonnance du Département fédéral des finances (DFF) concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31.

III. Les solutions prônées ailleurs en Europe

Le projet lancé par les Professeurs JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON comprend une dimension internationale, qui doit permettre de déterminer si, dans les Etats qui nous entourent, l'on assiste également à des phénomènes de convergence entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique ou si, à l'inverse, une distinction nette entre ces deux régimes est maintenue.

A cette fin, une journée scientifique a été organisée à l'Université de Neuchâtel, en date du 2 octobre 2015. Au cours de celle-ci, sept experts étrangers ont été invités à exposer la situation prévalant en Allemagne (WOLFGANG DÄUBLER ; *infra*, A.), en Belgique (ALEXANDER DE BECKER ; *infra*, B.), en Espagne (ELISENDA MALARET ; *infra*, C.), en France (CHARLES FORTIER et JEAN-PIERRE LABORDE ; *infra*, D.), en Italie (BARBARA GAGLIARDI ; *infra*, E.) et au Royaume-Uni (JOHN CURRAN ; *infra*, F.)[42]. D'une manière générale, si, comme en Suisse, des rapprochements sont observables, aucun Etat ne s'est encore décidé à franchir le pas que représente l'élaboration d'un droit uniforme du travail.

Avant de présenter un bref résumé des tendances perceptibles dans chacun des Etats sélectionnés, nous nous devons d'insister sur le fait qu'à l'intérieur de l'Union européenne, le droit européen joue un rôle de premier ordre dans le rapprochement entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique. Les principes et règles du droit européen visent en effet tant les travailleurs du secteur privé que les agents publics[43], puisque « *la nature de droit public ou de droit privé du lien juridique de la relation d'emploi* » n'est pas déterminante pour qualifier une personne de « *travailleur* » au sens de l'art. 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE[44])[45]. Cette notion de « *travailleur* », qui « *revêt une portée autonome propre au droit de l'Union* » et qui ne doit pas être interprétée « *de manière restrictive* »[46], englobe « *toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se*

---

42 Les solutions qui prévalent dans les différents Etats retenus sont présentées dans l'ordre alphabétique des Etats.

43 Sur ce point, *cf.* les contributions d'ALEXANDER DE BECKER et de BARBARA GAGLIARDI dans le présent ouvrage, pp. 327-348 et 413-431.

44 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée 2012), JO C 326 du 26 octobre 2012, pp. 47-199.

45 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 40. *Cf.* aussi CJCE, aff. 344/87, *Bettray*, arrêt du 31 mai 1989 (ECLI:EU:C:1989:226), § 16 ; CJCE, aff. 152/73, *Sotgiu*, arrêt du 12 février 1974 (ECLI:EU:C:1974:13), § 5.

46 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 27. *Cf.* aussi CJUE, aff. C‑542/09, *Commission c. Pays-Bas*, arrêt du 14 juin 2012 (ECLI:EU:C:2012:346), § 68.

présentent comme purement marginales et accessoires » ; la caractéristique de la relation de travail réside dans « *la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* »[47], de sorte que le rapport de subordination et l'octroi d'une rémunération constituent les éléments essentiels de toute relation de travail salarié[48]. Si l'art. 45 § 4 TFUE autorise des dérogations aux principes fondamentaux de la libre circulation des travailleurs et de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, lorsque les travailleurs sont des employés de l'administration publique, il n'en demeure pas moins que la notion d'« *administration publique* » doit être interprétée restrictivement et de manière uniforme au sein de l'Union européenne[49]. Ainsi, l'« *administration publique* » concerne uniquement « *les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, et supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité* »[50] ; cette notion ne saurait être étendue à « *des emplois qui, tout en relevant de l'Etat ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite* »[51]. Afin de déterminer si des dérogations à la libre circulation et à l'interdiction de la discrimination à raison de la nationalité sont autorisées (*cf.* art. 45 § 4 TFUE), il convient donc, dans chaque cas, de « *vérifier si les fonctions attribuées […] comportent des prérogatives de puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat* », qui justifient de telles

47 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 28. *Cf.* aussi CJUE, aff. C‑544/11, *Petersen*, arrêt du 28 février 2013 (ECLI:EU:C:2013:124), § 30 ; CJCE, aff. 66/85, *Lawrie-Blum*, arrêt du 3 juillet 1986 (ECLI:EU:C:1986:284), § 17.

48 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 29.

49 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 43 : « *Selon la jurisprudence de la Cour, la notion d'"administration publique", au sens de l'article 45, paragraphe 4, TFUE doit recevoir une interprétation et une application uniformes dans l'ensemble de l'Union et ne saurait dès lors être laissée à la totale discrétion des Etats membres […]. En outre, cette dérogation doit recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts qu'elle permet aux Etats membres de protéger […]* ».

50 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 44. *Cf.* aussi CJCE, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, arrêt du 30 septembre 2003 (ECLI:EU:C:2003:515), § 39 ; CJCE, aff. C‑290/94, *Commission c. Grèce*, arrêt du 2 juillet 1996 (ECLI:EU:C:1996:265), § 2.

51 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 45. *Cf.* aussi CJCE, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, arrêt du 30 septembre 2003 (ECLI:EU:C:2003:515), § 40 ; CJCE, aff. C‑290/94, *Commission c. Grèce*, arrêt du 2 juillet 1996 (ECLI:EU:C:1996:265), § 2.

exceptions[52] ; en tant qu'il déroge à la règle fondamentale de la libre circulation et de la non-discrimination des travailleurs européens, l'art. 45 § 4 TFUE doit en effet « *recevoir une interprétation qui limite sa portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux Etats membres de protéger* »[53].

Bien que la législation européenne relative au travail[54] ne s'applique pas en Suisse, le droit européen joue néanmoins un rôle à l'intérieur de nos frontières, par le biais de l'Accord sur la libre circulation des personnes, qui garantit la libre circulation des travailleurs et la non-discrimination de ceux-ci à raison de la nationalité dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne (*cf.* art. 1 et 2 ALCP, art. 9 de l'Annexe I à l'ALCP). Sur le modèle de l'art. 45 § 4 TFUE, l'art. 10 de l'Annexe I à l'ALCP introduit également une exception à ces principes fondamentaux s'agissant de l'accès à la fonction publique (*cf.* art. 10 de l'Annexe I à l'ALCP : un ressortissant d'un Etat contractant exerçant une activité salariée peut « *se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques* »). En Suisse, l'influence du droit européen découle notamment du fait que les notions de « *travailleur* » et d'« *administration publique* » qui figurent aux art. 9 et 10 de l'Annexe I à l'ALCP doivent être interprétées à la lumière de la jurisprudence rendue par la Cour de justice à propos de l'art. 45 TFUE antérieurement à la date de la signature de l'ALCP ; afin d'« *assurer le parallélisme du système qui existait au moment de la signature de l'Accord et tenir compte de l'évolution de la jurisprudence de l'Union européenne* », le Tribunal fédéral peut par ailleurs s'inspirer des arrêts rendus postérieurement à cette date (*cf.* art. 16 § 2 ALCP)[55].

---

52 CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 46.

53 CJCE, aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, arrêt du 30 septembre 2003 (ECLI:EU:C:2003:515), § 41. *Cf.* aussi CJUE, aff. C-270/13, *Haralambidis*, arrêt du 10 septembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2185), § 43.

54 *Cf.*, p. ex., Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299 du 18 novembre 2003, pp. 9-19 ; Directive 89/391/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail du 12 juin 1989, JO L 183 du 29 juin 1989, pp. 1-8.

55 TF, arrêt 2C_1178/2012 du 4 juin 2013, c. 2.2. *Cf.* aussi ATF 131 II 339, c. 3. Sur la prise en compte de la jurisprudence européenne par les autorités suisses (art. 16 al. 2 ALCP), *cf.*, p. ex., ATF 136 II 65, c. 3.1 ; ATF 136 II 5, c. 3.4 ; ATF 130 II 113, c. 5.2. *Cf.* aussi EPINEY ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV/RJB 2005, pp. 1-31.

A. La situation en Allemagne

En Allemagne, la Constitution (« *Grundgesetz* ») répartit les compétences législatives entre l'Etat fédéral et les 16 Länder. Au même titre que les cantons suisses (*cf.* art. 3 Cst.), les Länder disposent d'une compétence générale résiduelle, qui les autorise à légiférer dans les domaines où la Constitution n'attribue pas un tel pouvoir à l'Etat fédéral[56].

En matière de droit du travail (« *Arbeitsrecht* »), les Länder sont habilités à légiférer dans la mesure où le législateur fédéral n'a pas fait usage de sa compétence (compétence concurrente). Dans les faits, toutefois, le droit privé du travail et le droit de protection des travailleurs reposent presque entièrement sur du droit fédéral (les compétences des Länder se limitent en effet au domaine des congés de formation). Dans la fonction publique (« *Beamtenrecht* »), la situation est différente : l'Etat est compétent pour légiférer au sujet des relations de travail des employés fédéraux (compétence exclusive) ; si les Länder et les communes disposent des mêmes compétences s'agissant de leur personnel, ils sont toutefois tenus de respecter les prescriptions arrêtées par la loi-cadre fédérale sur les fonctionnaires.

Le droit du travail et le droit de la fonction publique sont deux régimes très différents en Allemagne. Alors que dans le secteur privé, les rapports de travail relèvent du droit civil et ont à leur base un contrat de travail résiliable, dans la fonction publique, les principes traditionnels du fonctionnariat veulent que les rapports de service découlent d'un acte administratif, qui confie, à titre permanent, l'exercice d'une fonction à une personne qui en devient titulaire et qui se retrouve soumise à un devoir de fidélité spécial[57], dont la violation entraîne le prononcé de sanctions disciplinaires. Les fonctionnaires sont donc généralement nommés à vie (« *Lebenszeitprinzip* »), après avoir effectué une période probatoire de 3 à 5 ans, au terme de laquelle toute possibilité de licenciement est exclue, de sorte que seules des sanctions disciplinaires (qui peuvent aller jusqu'à la suspension provisoire) sont susceptibles d'être prononcées à l'encontre du fonctionnaire qui viole gravement ses devoirs. Une autre différence importante résulte du fait que le système d'assurances sociales allemand s'adresse uniquement aux employés du secteur privé, la protection sociale des fonctionnaires étant assurée directement par leur employeur (système de prise en charge directe par l'administration ou « *Alimentationsprinzip* »). En

[56] La répartition des compétences législatives figure aux art. 70-74 de la Constitution allemande (« *Grundgesetz* », « *GG* »). Pour plus de détails sur ce point, *cf.* la contribution de WOLFGANG DÄUBLER dans le présent ouvrage, pp. 301-326.

[57] Ce devoir de fidélité particulier interdit, notamment, aux fonctionnaires de se mettre en grève. Dans le secteur privé, en revanche, la grève est un moyen licite.

outre, la procédure à suivre et les voies de droit sont différentes selon que le litige oppose un employé à un employeur privé ou un fonctionnaire à l'Etat.

Comparativement à la Suisse ou à d'autres Etats d'Europe, la tendance à la convergence entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique est relativement faible en Allemagne. Certes, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) induit un rapprochement entre ces deux domaines, en particulier en ce qui concerne la liberté syndicale, le droit à la négociation collective et la grève (art. 11 CEDH[58]). Dans plusieurs affaires, la Cour a en effet eu l'occasion de juger qu'un Etat ne saurait, sauf à violer l'art. 11 CEDH, priver les fonctionnaires, de manière générale et absolue, du droit de se syndiquer, de mener des négociations collectives ou encore de faire grève[59].

Il faut encore relever, qu'en Allemagne, la fonction publique se caractérise par une dualité de régimes. Si les fonctionnaires sont soumis au droit de la fonction publique (« *Beamtenrecht* »), il ne faut pas perdre de vue que, dans la fonction publique allemande, un grand nombre d'employés ne sont en réalité pas des fonctionnaires (« *Beamte* »), mais des salariés, soumis au droit du travail général (« *Arbeitsrecht* »), au même titre que tout employé du secteur privé. Des rapprochements sont cependant observables entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail applicable aux employés publics. Les conditions de travail des salariés du service public sont en effet régies par deux conventions collectives de travail (le « *Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst* » ou « *TVöD* », pour les employés de l'Etat fédéral et des communes, respectivement le « *Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst der Länder* » ou « *TV-L* », pour les employés des Länder), qui s'approchent, à différents égards, du statut applicable aux fonctionnaires ; les employés du service public jouissent, par exemple, d'une sécurité de l'emploi nettement supérieure à celle qui a cours dans le secteur privé. En Allemagne, la convergence se manifeste ainsi à l'intérieur de la fonction publique, où les employés publics semblent former une catégorie de travailleurs à mi-chemin entre les fonctionnaires et les employés du secteur privé.

B. La situation en Belgique

La Belgique est un Etat fédéral qui se compose de Communautés et de Régions. Les compétences sont réparties entre ces trois entités selon le principe de l'exclusivité. Si le

[58] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, RS 0.101.

[59] *Cf.*, p. ex., CrEDH, aff. *Matelly c. France* (requête nº 10609/10), arrêt du 2 octobre 2014 ; CrEDH, aff. *Demir et Baykara c. Turquie* (requête nº 34503/97), arrêt du 12 novembre 2008.

droit du travail et le droit de la sécurité sociale sont des attributions fédérales, les Communautés et les Régions disposent des compétences nécessaires pour arrêter le statut administratif et pécuniaire de leurs agents, à l'exception des règles relatives aux pensions, qui sont fixées par l'Etat fédéral[60]. En Belgique, toutefois, les agents publics engagés sous une forme contractuelle sont soumis au droit privé du travail ; leurs conditions d'engagement et de travail sont donc régies par le droit fédéral. Bien que le droit belge conçoive les engagements contractuels comme l'exception à la règle et ne les admette que restrictivement, la tendance actuelle laisse transparaître une augmentation de la proportion des agents au bénéfice d'un contrat de travail.

Le régime statutaire et le régime contractuel sont des régimes fondamentalement différents. Le régime statutaire obéit aux principes généraux du droit administratif (principe de motivation, droit d'être entendu, principe de proportionnalité, interdiction de l'arbitraire, *etc.*) et se caractérise par sa continuité et son adaptabilité afin d'assurer les services publics. Il s'agit d'un régime de carrière (de sorte que le fonctionnaire est censé accomplir l'entier de sa carrière au sein de la même administration et bénéficie d'une grande sécurité de l'emploi et de la possibilité d'être réintégré en cas de licenciement), où les fonctionnaires sont engagés selon une procédure de nomination et à des conditions modifiables unilatéralement par l'autorité d'engagement. Si les agents statutaires bénéficient de certains privilèges (en matière de pensions, notamment), ils sont assujettis à un régime disciplinaire strict. Les agents contractuels, en revanche, sont soumis au droit du travail commun, au même titre que n'importe quel travailleur du secteur privé. Les conditions de travail sont arrêtées au moyen d'un contrat bilatéral, qui peut être résilié par l'une des parties ; dans cette hypothèse, le travailleur ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité et ne peut donc pas exiger son réengagement. Les principes généraux du droit administratif ne sont pas applicables et les litiges sont tranchés par les tribunaux civils.

Malgré ces différences, des rapprochements sont perceptibles entre les conditions d'emploi des agents statutaires et celles des contractuels. Le droit européen joue un rôle décisif en la matière ; en particulier, la Directive 2000/78/CE[61], qui s'applique tant dans le

---

[60] Jusqu'en 2014, toutefois, les principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat étaient applicables, de plein droit, au personnel des Communautés et des Régions. Celles-ci ne jouissaient en particulier d'aucune liberté pour choisir entre le régime administratif et le régime contractuel puisque le droit fédéral les obligeait à engager leurs agents selon une procédure de nomination. La situation actuelle est donc plus en adéquation avec l'esprit du droit constitutionnel belge, qui n'instaure pas de hiérarchie entre les règles fédérales et les règles communautaires et régionales, compte tenu du principe de l'exclusivité qui régit l'attribution des compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions. Sur ce point, *cf.* la contribution d'ALEXANDER DE BECKER dans le présent ouvrage, pp. 327-348.

[61] Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22.

secteur public que privé, induit une convergence entre droit privé du travail et droit de la fonction publique puisqu'elle porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Si certaines lois belges sont applicables dans les rapports de travail de droit privé et de droit public (en matière de harcèlement au travail et de bien-être au travail, notamment), il s'agit, en effet, en règle générale, de transpositions de la réglementation européenne en droit interne.

C. La situation en Espagne

En Espagne, l'ordre juridique est plurilégislatif puisque la Constitution répartit les compétences entre l'Etat central et les Communautés autonomes. Si le droit du travail, la législation en matière de procédure juridictionnelle (juridiction civile et administrative) et la législation de base relative à la sécurité sociale représentent des compétences exclusives de l'Etat, le droit de la fonction publique est édicté à la fois par l'Etat et par les Communautés autonomes, qui disposent du pouvoir législatif pour développer le cadre de principes arrêtés par l'Etat. Bien que les Communautés autonomes (CCAA) disposent toutes d'une législation sur la fonction publique, les différentes lois sont cependant assez similaires.

Le droit de la fonction publique a fait son apparition relativement tôt en Espagne, puisqu'une première réglementation a été élaborée en 1827-1828, déjà. S'il s'agissait toutefois d'un statut à portée restreinte, car limité au personnel des finances publiques, le premier Statut général de la fonction publique a été adopté en 1852. Cette réglementation a été remplacée, en 1918, par un nouveau Statut, qui sera à son tour abrogé en 1964, par l'entrée en vigueur de la loi sur les fonctionnaires civils de l'Etat. Cette loi, qui a substitué un système de poste de travail au système de carrière, a également marqué les débuts de la contractualisation dans l'administration ; le recours à la voie contractuelle pour régler les relations de travail de certaines catégories de personnel a introduit un dualisme de régimes juridiques au sein de l'administration publique. L'adoption, en 1984, de la loi sur les mesures de réforme de la fonction publique a encore renforcé le système de poste de travail, reléguant véritablement la conception traditionnelle de la carrière administrative à l'arrière-plan ; les possibilités de contractualisation ont également été accrues, puisque le Gouvernement s'est vu attribuer un large pouvoir pour décider quels postes devaient être réservés aux fonctionnaires et quels postes pouvaient être occupés par du personnel contractuel. Au vu de l'augmentation substantielle du nombre des agents au bénéfice d'un contrat de travail, le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement a toutefois été restreint en 1988, par l'adoption de la loi 23/1988, qui a consacré le principe selon lequel les fonctions publiques d'autorité et de défense de l'intérêt général ne doivent être occupées que par des fonctionnaires soumis à un régime statutaire ; depuis lors, ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que de tels postes peuvent être confiés à des agents contractuels.

Au moment où le droit privé du travail a fait son apparition, au début du XX^{e} siècle, il a été érigé en un régime distinct du droit de la fonction publique. Avant que le Statut des travailleurs ne soit adopté en 1980, le droit privé du travail reposait sur le Code du travail de 1926 et sur la loi sur le contrat de travail de 1931. Le Statut des travailleurs de 1980 constitue une réglementation flexible, qui porte sur le contrat individuel de travail, sur les droits de représentation collective et de réunion des travailleurs au sein de l'entreprise, ainsi que sur la négociation collective.

Bien que le dualisme de régimes entre le droit du travail et le droit de la fonction publique ait expressément été consacré dans la Constitution espagnole de 1978[62], des convergences entre ces deux ordres sont observables depuis les années 1980. Ce mouvement de rapprochement est notamment dû au fait que les droits et principes constitutionnels sont applicables tant dans le secteur public que dans le secteur privé. La négociation collective a également contribué à ce rapprochement.

Des différences existent cependant. Ainsi, par exemple, certains droits constitutionnels sont limités dans la fonction publique (si la liberté syndicale et le droit de grève ne peuvent pas être restreints dans le secteur privé, ils souffrent d'exceptions dans la fonction publique, notamment, en ce qui concerne les militaires et les agents qui accomplissent des tâches publiques essentielles à la satisfaction des besoins de la communauté). Ces différences s'expliquent, en particulier, par le fait que la législation relative à la fonction publique et le Statut des travailleurs reposent sur des principes différents : alors que la première est orientée vers la satisfaction de l'intérêt général et le respect des principes constitutionnels sur lesquels celui-ci repose, le second trouve son origine dans le besoin de protection des travailleurs en leur qualité de partie faible au contrat.

Il faut aussi relever que, malgré un cadre légal commun, des distinctions existent également entre les employés du secteur privé et les travailleurs contractuels de l'administration. Le régime salarial et la négociation collective ne sont, par exemple, pas identiques. Dans la mesure où l'employeur est différent, la jurisprudence considère que réserver un traitement distinct aux deux catégories de travailleurs ne contrevient pas au droit à l'égalité consacré par la Constitution. En outre, la jurisprudence a fortement encadré l'application du droit privé du travail aux agents contractuels en affirmant que les principes du droit administratif (principes régissant l'accès à l'administration, le mérite et la publicité du concours, p. ex.) sont applicables même lorsque les agents sont au bénéfice

[62] La dualité des régimes juridiques est présente à un triple niveau dans la Constitution espagnole : la portée des droits est différente selon que l'employeur est un particulier ou l'administration publique ; la Constitution attribue au législateur le mandat de mettre en place deux statuts professionnels distincts, en fonction de la nature de l'employeur ; les compétences sont distribuées de manière différente entre l'Etat et les Communautés autonomes. Pour plus de détails sur ce point, *cf.* la contribution d'ELISENDA MALARET dans le présent ouvrage, pp. 349-378.

d'un contrat. L'application de ces principes, au même titre que la position de l'administration publique qui se doit d'être au service de l'intérêt général, a donc conduit à une application différenciée des règles contenues dans le Statut des travailleurs aux agents contractuels.

En 2007, le Statut de base de l'employé public a succédé à la loi sur les fonctionnaires civils de l'Etat de 1964. Ce Statut, qui fait office de loi-cadre pour l'ensemble des agents publics (fonctionnaires et contractuels) occupés dans une administration espagnole, a remplacé les termes de « *fonctionnaires* » et de « *contractuels* » par une notion générale, celle d'« *agents publics* ». Bien que la nature juridique du rapport de travail puisse être différente (décision de nomination ou contrat), les relations de travail des agents publics reposent donc sur une base de principes commune, qui, pour les salariés contractuels, se traduit par un encadrement strict de l'application du droit privé du travail. Le Statut réserve toutefois un droit aux seuls fonctionnaires, le droit à l'inamovibilité. Les fonctionnaires bénéficient donc d'une sécurité de l'emploi bien meilleure que les salariés contractuels. La stabilité de l'emploi des employés contractuels a d'ailleurs été passablement amoindrie, avec la possibilité offerte à l'administration de licencier pour des motifs économiques. Dans le secteur privé, une révision du Statut des travailleurs, intervenue en 2012, a également diminué la protection des employés contre la résiliation de leur contrat de travail (augmentation des motifs de licenciement autorisés et réduction des indemnités octroyées).

La dernière réforme du Statut des travailleurs laisse ainsi transparaître un accroissement des différences entre le droit privé du travail (et le droit appliqué aux salariés contractuels), d'une part, et le droit de la fonction publique, d'autre part. Les mesures adoptées au cours de la dernière grande crise économique ont également accentué les divergences, puisque les fonctionnaires ont en quelque sorte été épargnés par rapport aux salariés contractuels et aux employés du secteur privé. Alors que les contractuels et les travailleurs du secteur privé ont assisté à une péjoration de leurs conditions de travail touchant à la stabilité même de leur emploi, seul l'aspect économique des relations de travail des fonctionnaires a subi des modifications significatives (diminution de la rémunération et/ou allongement des horaires de travail, notamment).

D. La situation en France

En France, le droit de la fonction publique et le droit du travail sont des disciplines qui font chacune l'objet d'une réglementation spécifique (alors que la fonction publique est régie par du droit public, le droit du travail relève du droit privé et repose essentiellement

sur le Code du travail) et qui connaissent des voies de droit différentes[63]. Le droit de la fonction publique et le droit du travail poursuivent également des buts distincts : alors que la vocation première du droit de la fonction publique consiste à définir les modalités d'accomplissement des services publics dans le but de satisfaire l'intérêt général (de sorte que la réglementation des relations de travail entre les employeurs publics et les fonctionnaires n'en constitue pas l'objet principal), le second est spécialement axé sur la relation professionnelle puisqu'il a été élaboré dans le dessein de protéger les travailleurs contre les abus dont ils pourraient être victimes. En d'autres termes, le droit du travail œuvre à la conciliation des intérêts particuliers et octroie des droits aux travailleurs ; le droit de la fonction publique tend, en revanche, à assurer la bonne exécution des services publics et exprime essentiellement les principes et obligations inhérents à la mission des fonctionnaires. Les deux régimes sont en outre marqués par des différences substantielles, en ce qui concerne, notamment, la sécurité de l'emploi ; de par leur statut de titulaires, les fonctionnaires de l'Etat jouissent en effet d'une sécurité de l'emploi nettement supérieure à celle dont peuvent se prévaloir les travailleurs du secteur privé.

Malgré ces différences, le droit du travail et le droit de la fonction publique sont marqués par une tendance croissante à la convergence. En premier lieu, en France, la hiérarchie des normes impose que les principes d'ordre constitutionnel (principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement, le droit d'être entendu ou encore le principe de proportionnalité des sanctions) s'appliquent dans les deux secteurs[64]. Les agents publics et les travailleurs du secteur privé bénéficient donc de droits et garanties communs. Ensuite, certaines lois nationales de droit public sont applicables indistinctement dans les deux secteurs ; tel est le cas, notamment, de la loi arrêtant la durée hebdomadaire du travail et des normes relatives à la santé et à la sécurité au travail. On remarque également que des règles de droit de la fonction publique peuvent influencer le droit du travail et vice versa (le droit disciplinaire qui s'applique dans les rapports entre particuliers est inspiré du droit disciplinaire propre à la fonction publique, à l'inverse, les règles du secteur privé en matière d'hygiène et de sécurité au travail ont influencé le droit de la fonction publique, p. ex.). Une tendance à incorporer des règles du droit du travail dans le droit de la fonction publique est aussi perceptible (en matière de télétravail ou dans le domaine de la fixation

63 Dans la fonction publique, le contentieux relève des tribunaux administratifs. Dans les rapports entre particuliers, bien que le contentieux soit pour l'essentiel porté devant les juridictions civiles, les juridictions administratives disposent également de certaines compétences, puisque ce sont elles qui sont appelées à trancher les griefs découlant des décisions de l'Administration du travail. Pour plus de détails, *cf.* la contribution de JEAN-PIERRE LABORDE dans le présent ouvrage, pp. 379-390.

64 Il s'agit là d'une différence importante entre les ordres juridiques suisse et français. En Suisse, les principes et droits constitutionnels sont limités aux rapports entre l'Etat et les particuliers (effets verticaux) ; en France, à l'inverse, le droit constitutionnel imprègne l'ensemble de l'ordre juridique.

de la rémunération des fonctionnaires, p. ex.)[65], de même qu'un mouvement croissant de contractualisation, qui a pour effet de faire reposer les relations professionnelles entre l'Etat et ses agents sur un contrat de travail et de mettre ceux-ci au bénéfice des droits et obligations reconnus aux travailleurs du secteur privé.

S'il est indéniable que l'on remarque une tendance à la convergence entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, ce rapprochement ne doit pas être interprété comme signifiant une uniformisation des relations de travail. La disparition du droit de la fonction publique, même par le biais d'une « *fusion* » avec le droit du travail privé, n'est en effet pas imaginable selon LABORDE[66]. Contrairement à ce qui est le cas en Suisse, où le droit de la fonction publique se décline en une multitude de réglementations, le droit français de la fonction publique se caractérise par une très grande homogénéité. La France étant une République indivisible, à structure unitaire, les mêmes lois s'appliquent en effet uniformément dans tout le Pays. Le droit de la fonction publique constituant un système homogène et cohérent, auquel la population française témoigne par ailleurs un attachement relativement fort, réclamer une unification du droit du travail et du droit de la fonction publique afin d'augmenter l'homogénéité de ce dernier n'aurait dès lors aucun sens : en ce qu'il trouve ses sources, certes, dans la loi, mais également dans les différentes conventions collectives, le droit du travail est nettement moins homogène que le droit de la fonction publique ; actuellement, au vu de la densité qui caractérise ses sources, le droit du travail est plus complexe que le droit de la fonction publique, à tel point qu'une simplification du droit du travail est même souhaitée. Adapter le droit de la fonction publique au droit du travail serait de surcroît un procédé vivement combattu, puisqu'il se traduirait par une perte de certains avantages et privilèges pour les fonctionnaires. Le procédé inverse – soit la transposition des règles du droit de la fonction publique en droit du travail – n'est pas non plus à l'ordre du jour. En France, le débat relatif à une possible unification du droit privé du travail et du droit de la fonction publique porte en réalité sur la question de l'opportunité de réduire ou non le champ d'application du droit de la fonction publique et de limiter celui-ci aux fonctions de souveraineté et d'autorité. Les fonctions n'appartenant plus au régime de la fonction publique seraient alors soumises au droit privé du travail, d'où un accroissement substantiel du domaine d'application de ce droit. FORTIER estime, pour sa part, que si le pas vers l'élaboration d'un code général des relations professionnelles venait à être franchi, il serait capital de compléter celui-ci par des lois et règlements arrêtant les principes fondamentaux applicables aux grandes

[65] Si, à l'origine, les salaires dépendaient exclusivement du grade de l'agent et étaient fixés en application d'une grille de traitement, actuellement, la rémunération dépend également des résultats obtenus par l'agent, d'où une certaine individualisation des conditions de travail des agents de l'Etat. Sur ce point, *cf.* la contribution de CHARLES FORTIER dans le présent ouvrage, pp. 391-411.

[66] Sur ce point, *cf.* la contribution de JEAN-PIERRE LABORDE dans le présent ouvrage, pp. 379-390.

fonctions sociales (la sécurité, la justice, la santé, l'éducation, les missions régaliennes, p. ex.) afin d'adapter le droit du travail aux missions assignées aux agents exerçant lesdites fonctions[67].

E. La situation en Italie

En Italie, un mouvement de convergence entre le droit de la fonction publique et le droit du travail est également observable[68]. Au début des années 1990, l'Italie a en effet connu une réforme qui visait à unifier le marché du travail (réforme dite de la « *contractualisation* » ou de la « *privatisation* » de l'emploi public). Celle-ci s'est déroulée en deux étapes. En 1992-1993, la portée du statut de droit public a été passablement diminuée puisque de nombreux agents publics ont vu leurs conditions de travail devenir l'objet d'un contrat de droit privé ; cela signifie que, désormais, même si quantité de normes s'appliquent spécifiquement aux fonctionnaires (recrutement des agents publics par concours, procédure de nomination précédant la conclusion du contrat de travail, p. ex.), la grande majorité des relations de travail est soumise au droit du travail. Seuls les agents chargés de « *fonctions régaliennes* » (soit, notamment, les magistrats, les préfets, les policiers et les diplomates), les fonctionnaires les plus élevés en grade (les « *dirigenti generali* ») et les maîtres de conférences et professeurs des universités sont demeurés soumis au statut de droit public. En 1997-1998, le champ d'application du droit de la fonction publique a encore été réduit puisque les fonctionnaires les plus élevés en grade ont à leur tour été soumis au droit du travail. A cette occasion, les règles concernant le contentieux ont également été modifiées : seuls les griefs relatifs aux rapports de travail des fonctionnaires ayant un statut de droit public, aux concours et aux actes concernant l'organisation administrative en général relèvent dorénavant encore de la compétence du juge administratif ; les litiges concernant les agents publics soumis au droit du travail doivent, pour leur part, être portés devant le juge civil.

Si, en Italie, les droits et principes constitutionnels s'appliquent dans tout l'ordre juridique, et malgré la réforme dite de la « *contractualisation* », des différences significatives perdurent cependant encore en matière d'emploi dans les secteurs privé et public. La Constitution énonce en effet des principes qui confèrent des spécificités aux rapports de travail des agents publics (principes d'impartialité et de bonne gestion des services publics, p. ex.), qui font obstacle à l'élaboration d'une seule et même réglementation applicable à l'ensemble des rapports de travail.

---

67 Sur ce point, *cf.* la contribution de CHARLES FORTIER dans le présent ouvrage, pp. 391-411.

68 Sur ce point, *cf.* la contribution de BARBARA GAGLIARDI dans le présent ouvrage, pp. 413-431.

F. La situation au Royaume-Uni

Le Royaume-Uni se distingue par le fait qu'il n'existe pas, historiquement, de séparation formelle entre la réglementation du travail dans le secteur public et dans le secteur privé[69]. Dans la mesure où l'Etat ne repose ni sur une Constitution, ni sur des règles écrites définissant son action (le droit anglo saxon tire en effet ses fondements essentiellement de la jurisprudence ; « *common law* »), il est logique que les rapports de travail entre l'Etat et son personnel ne fassent pas non plus l'objet d'une législation particulière. La plupart des employés du secteur public sont donc au bénéfice d'un contrat de travail et bénéficient des règles sur le travail issues de la *common law*, au même titre que les employés du secteur privé. Si le travail fait également l'objet d'une législation, celle-ci s'applique généralement aussi bien aux employés du secteur privé qu'aux agents publics. Toutefois, des distinctions importantes existent entre le secteur public et le secteur privé : en particulier, certains employés du service public sont expressément exclus de la protection conférée par la législation sur le travail et il n'est pas rare que les agents publics soient tenus de respecter des devoirs accrus de fidélité, d'intégrité et d'impartialité et que l'Etat doive observer des procédures particulières lors du recrutement et de la cessation des rapports de travail. La réforme du Nouveau management public (*New public management*), qui a d'ailleurs été initiée en Grande-Bretagne, dans les années 1980, sous l'égide de Margaret Thatcher, a cependant atténué ces différences puisque des pratiques caractéristiques du secteur privé ont été transposées dans le secteur public (rémunération en fonction des performances, recours à des engagements de courte durée, *etc.*). Les tribunaux du travail jouent également un rôle unificateur, puisque leur compétence s'étend à la fois aux litiges relatifs aux rapports de travail dans le secteur public et à ceux opposant des employés à des employeurs privés ; les juges ont d'ailleurs tendance à traiter de manière similaire les employés des deux secteurs, renforçant ainsi l'uniformité du système.

IV. Conclusion

S'il est incontestable que le projet de recherche « *Convergences entre les régimes traditionnels de la fonction publique et le droit privé du travail. Vers un droit uniforme ?* », mené sous l'égide des Professeurs JEAN-PHILIPPE DUNAND et PASCAL MAHON, a permis de démontrer que le droit privé du travail tend à se publiciser et que, parallèlement, le phénomène inverse, soit la privatisation de la fonction publique, constitue également une réalité, les forts rapprochements observables ne sont cependant pas (encore) synonyme

[69] Sur ce point, *cf.* la contribution de JOHN CURRAN dans le présent ouvrage, pp. 433-451.

d'une identité des régimes, ni en Suisse, ni d'ailleurs dans les autres Etats européens sur lesquels a porté notre recherche.

En Suisse, la différence irréductible réside dans le fait que les principes et droits constitutionnels ne sont, en principe, directement invocables qu'à l'encontre de l'Etat. Toutefois, nous avons pu constater que même dans les Etats où ces principes imprègnent l'ensemble de l'ordre juridique, il est nécessaire de prévoir des dérogations s'agissant des employés publics exerçant certaines tâches publiques. Les principes et droits constitutionnels ne peuvent donc pas être appliqués indifféremment à l'ensemble des travailleurs d'une Nation. La jurisprudence de la CrEDH relative aux exigences particulières imposées aux fonctionnaires (devoir accru de fidélité et de neutralité, p. ex.) et à la compatibilité de celles-ci aux droits garantis par la CEDH (interdiction de la discrimination, liberté de religion, liberté d'association, droit au respect de la vie privée et familiale, *etc.*) plaide également en ce sens, puisqu'elle admet que l'intérêt général permet de justifier des différences de traitement entre agents publics et travailleurs du secteur privé[70].

Pour tenir compte de cette réalité, il conviendrait donc, avant d'élaborer une réglementation uniforme du travail applicable aux secteurs privé et public, de définir les tâches publiques qui appellent une réglementation spéciale. Il s'agirait ainsi de réduire l'étendue de la fonction publique et de limiter celle-ci aux agents qui accomplissent des tâches appartenant au régime strict de la fonction publique (fonctions de souveraineté et d'autorité, principalement), ce qui implique de réfléchir au sujet de la théorie générale de l'Etat. Un régime uniforme, auquel seraient soumis les travailleurs du secteur privé et une grande partie du personnel de l'Etat, coexisterait ainsi nécessairement avec un régime exceptionnel de fonction publique, destiné aux seuls agents effectuant des tâches publiques pour lesquelles l'intérêt public requiert une réglementation différente. Soumettre l'ensemble des relations de travail à la LTr et au Code des obligations, tout en autorisant des exceptions concernant les agents en charge de tâches publiques nécessitant des aménagements, comme nous le proposons (*supra*, II.), constitue à cet égard une solution intéressante pour s'acheminer vers davantage d'uniformité.

---

70 *Cf.*, p. ex., CrEDH, aff. *Ebrahimian c. France* (requête n° 64846/11), arrêt du 26 novembre 2015 ; CrEDH, aff. *Naidin c. Roumanie* (requête n° 38162/07), arrêt du 21 octobre 2014 ; CrEDH, aff. *Matelly c. France* (requête n° 10609/10), arrêt du 2 octobre 2014 ; CrEDH, aff. *Adefdromil c. France* (requête n° 32191/10), arrêt du 2 octobre 2014 ; CrEDH, aff. *Dogru c. France* (requête n° 27058/05), arrêt du 4 décembre 2008 ; CrEDH, aff. *Demir et Baykara c. Turquie* (requête n° 34503/97), arrêt du 12 novembre 2008 ; CrEDH, aff. *Ivanova c. Bulgarie* (requête n° 52435/99), arrêt du 12 avril 2007 ; CrEDH, aff. *Kurtulmuş c. Turquie* (requête n° 65500/01), arrêt du 24 janvier 2006 ; CrEDH, aff. *Leyla Şahin c. Turquie* (requête n° 44774/98), arrêt du 10 novembre 2005 ; CrEDH, aff. *Dahlab c. Suisse* (requête n° 42393/98), arrêt du 15 février 2001.