

Tribunal fédéral – 2C_774/2014,
2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014

Ile Cour de droit public

Arrêt du 21 juillet 2017

Newsletter octobre 2017

Salaires

Résumé et analyse

Salaires minimum légal

Proposition de citation :

Pascal Mahon/Federica Steffanini, Le salaire minimum neuchâtelois est conforme à la Constitution fédérale – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_774/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2017

Art. 8, 27, 28, 36, 49 et
94 Cst. ; LEmpl/NE



Le salaire minimum neuchâtelois est conforme à la Constitution fédérale –
Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_774/2014

Pascal Mahon, professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel

Federica Steffanini, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt porte sur la conformité au droit fédéral de la nouvelle loi neuchâteloise sur le salaire minimum. Le Tribunal fédéral retient en particulier que la mesure neuchâteloise relève de la politique sociale admissible et se situe à l'intérieur de la limite, certes étroite, des compétences réservées aux cantons. Il déclare la législation neuchâteloise applicable avec effet *ex nunc*.

II. Résumé

A. Les faits

Accepté en votation populaire le 27 novembre 2011, le principe de l'institution d'un salaire minimum cantonal est inscrit à l'art. 34a de la Constitution de la République et canton de Neuchâtel. Cette disposition a reçu la garantie de l'Assemblée fédérale le 11 mars 2013 (FF 2013 2335).

Fort de ce mandat constitutionnel, le Grand Conseil neuchâtelois a, en date du 28 mai 2014, modifié la Loi cantonale sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl/NE ; RS/NE 813.10) afin d'y introduire les dispositions légales concrétisant le principe du salaire minimum. La modification législative a été publiée dans la Feuille officielle du 13 juin 2014. Par arrêté du 7 juillet 2014, paru dans la Feuille officielle du 11 juillet 2014, le Conseil d'Etat a fixé l'entrée en vigueur des différentes dispositions, au 1^{er} octobre 2014 pour une partie (art. 76 et 77) et au 1^{er} janvier 2015 pour le reste.

Plusieurs organisations et entreprises du canton ont alors formé recours devant le Tribunal fédéral contre les nouvelles dispositions légales. Elles en demandaient l'annulation, en

alléguant la violation d'un certain nombre de droits constitutionnels. Sur requête des recourants, le 24 septembre 2014, le Tribunal fédéral a octroyé l'effet suspensif aux recours.

B. Le droit

1. La recevabilité

Le Tribunal fédéral a d'abord décidé de joindre les quatre recours en matière de droit public déposés contre une même loi cantonale (cons. 1).

Sous l'angle de la recevabilité, il retient notamment que tous les recourants disposent de la qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF, soit parce qu'en tant que personnes ou entreprises sises dans le canton de Neuchâtel et y employant des travailleurs, ils sont légitimés à recourir en leur propre nom, soit parce qu'ils remplissent les conditions jurisprudentielles relatives au recours corporatif (cons. 2.2).

S'agissant de son pouvoir d'examen dans le cas d'un contrôle abstrait de normes, le Tribunal fédéral rappelle qu'il doit faire preuve d'une certaine retenue et annuler les dispositions cantonales attaquées uniquement lorsqu'elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit constitutionnel (cons. 3.2).

2. Les griefs de violation de la liberté économique et de la liberté syndicale

Sur le fond, les recourants invoquent en premier lieu une violation de la liberté économique, tant dans sa dimension institutionnelle (art. 94 Cst.) que dans sa dimension individuelle (art. 27 Cst.) (cons. 5).

Selon une jurisprudence bien établie, le principe constitutionnel ancré à l'art. 94 al. 1 Cst. interdit aux cantons de prendre des mesures de politique économique susceptibles d'empêcher ou d'entraver la libre concurrence, afin d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique au détriment d'autres, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé. En revanche, les mesures poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas en premier lieu des intérêts économiques (par exemple, aménagement du territoire, politique environnementale) sont admissibles (cf. not. ATF 140 I 218 cons. 6.2 p. 229, ainsi que Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 177). Après s'être livré à une interprétation littérale et historique des dispositions en cause et avoir examiné les justifications fournies par les autorités cantonales, comme nous le verrons plus loin¹, le Tribunal fédéral conclut à la possibilité, en l'espèce, de considérer l'introduction du salaire minimum cantonal comme relevant de la politique sociale, admissible, et il écarte ainsi le grief fondé sur l'art. 94 al. 1 Cst. (cons. 5.5).

Puisqu'elle impose aux employeurs l'obligation de verser un salaire minimum déterminé aux travailleurs accomplissant leur activité dans le canton de Neuchâtel, la nouvelle LEmpl/NE limite le libre exercice de la liberté économique des employeurs du canton et représente dès lors une restriction à ce droit fondamental ancré, dans sa dimension individuelle, à l'art. 27 Cst. Au terme de l'analyse des conditions de restriction exprimées à l'art. 36 Cst., sur

¹ Pour les griefs principaux, à savoir la violation de la liberté économique et de la primauté du droit fédéral, le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral sera discuté dans les détails dans la partie consacrée à l'analyse de l'arrêt (cf. ch. III.B.1 et 2).

laquelle nous reviendrons également, le Tribunal fédéral admet que la réglementation cantonale repose sur une base légale suffisante, poursuit un intérêt public et n'apparaît pas disproportionnée eu égard à la liberté économique des recourants. Le grief tiré de l'art. 27 Cst. est donc écarté lui aussi (cons. 5.7).

Le grief de la liberté syndicale protégée à l'art. 28 Cst. est également rejeté, parce que, de l'avis du Tribunal fédéral, et contrairement à ce que soutiennent les recourants, l'art. 76 al. 1 LEmpl/NE n'oblige pas les partenaires sociaux à modifier les éventuelles conventions collectives de travail existantes, mais prévoit uniquement la possibilité de le faire (cons. 6).

3. Le grief de violation de la primauté du droit fédéral

Les recourants se plaignent ensuite d'une violation du principe de la primauté du droit fédéral au sens de l'art. 49 al. 1 Cst. Ils affirment que les cantons n'ont pas la compétence de fixer un salaire minimum pour des motifs de politique sociale et que, dès lors, la répartition constitutionnelle et légale des compétences en matière de droit du travail et de fixation des salaires n'aurait pas été respectée (cons. 7).

Le Tribunal fédéral rappelle les règles générales relatives au partage des compétences entre la Confédération et les cantons. Il relève notamment que si le domaine en question est réglementé de manière exhaustive par le droit fédéral, les cantons ne sont en principe pas autorisés à légiférer. Une loi cantonale peut toutefois subsister pour autant qu'elle poursuive un autre but que celui recherché par le droit fédéral (cf. not. ATF 138 I 435 cons. 3.1 p. 446) (cons. 7.1).

Or, la Loi fédérale sur le travail (LTr) édictée par la Confédération sur la base de l'art. 110 al. 1 let. a Cst. règle certes de manière exhaustive la protection des travailleurs, mais n'empêche pas l'adoption de mesures, comme par exemple certaines mesures de politique sociale, qui, sans avoir pour but principal la protection des travailleurs en tant que telle, ont accessoirement un effet protecteur (avec références à ATF 133 I 110 cons. 4.3 p. 117, et à MAHON/BENOÎT, ad art. 71 LTr, *in* : Loi sur le travail, Geiser/von Kaenel/Wyler [édit.], 2005, nos 16 ss). Dès lors qu'il est admis que l'instauration d'un salaire minimum au sens de la LEmpl/NE modifiée peut être considérée comme une mesure de politique sociale, la nouvelle législation neuchâteloise s'insère dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter. Encore une fois, ce raisonnement fera l'objet d'un approfondissement dans la partie analytique du présent commentaire. En conclusion, le Tribunal fédéral juge que les cantons ont bel et bien la compétence de fixer un salaire minimum pour des motifs de politique sociale et rejette le grief tiré de l'art. 49 al. 1 Cst. (cons. 7.5 à 7.7).

4. Les griefs de violation de l'art. 34a Cst./NE et de l'égalité de traitement

Le grief de la violation de l'art. 34a Cst./NE en raison du défaut, dans la LEmpl/NE, de distinctions entre les différentes branches économiques ne saurait pas non plus être admis. En effet, le Tribunal fédéral précise que la disposition constitutionnelle ne fonde pas une obligation pour le législateur, mais lui octroie bien plus une marge de manœuvre dans le cadre de la réglementation à adopter. Il ajoute que les choix opérés dans ce sens par le législateur cantonal (dérogations au montant du salaire pour certains secteurs agricoles), puisque dûment motivés, ne sauraient être considérés comme outrepassant cette marge de manœuvre (cons. 8).

Les recourants soutiennent enfin que prévoir un montant minimum unique pour tous les salariés, c'est omettre de faire les distinctions qui s'imposent au vu des charges réelles de chaque individu. Pour cette raison, selon eux, ce système violerait le principe de l'égalité dans la loi inscrit à l'art. 8 Cst. Le Tribunal fédéral juge cependant qu'étant donné que l'objectif du salaire minimum est de permettre à toute personne dans un même canton de mener une vie décente, on ne voit pas en quoi le fait de fixer un salaire minimum unique reviendrait à soumettre à un régime identique des situations différentes. Dès lors, il écarte aussi ce dernier grief (cons. 9).

5. L'effet de la décision dans le temps

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral rejette donc l'ensemble des recours (cons. 10.1).

L'effet suspensif accordé aux recours, qui avait jusqu'au prononcé de l'arrêt de fond empêché les dispositions de la LEmpl/NE modifiée de déployer leur efficacité juridique, prend fin. Le Tribunal fédéral se pose cependant la question de savoir si l'acte jusqu'ici paralysé renaît au jour où il était censé déployer ses effets juridiques (effet *ex tunc*), c'est-à-dire à la date à laquelle le Conseil d'Etat avait fixé l'entrée en vigueur de la modification légale, ou, en revanche, s'il ne déploie ses effets qu'au jour de la décision qui met fin à l'effet suspensif (effet *ex nunc*). Le Tribunal fédéral rappelle à cet égard que selon la jurisprudence, la portée d'une décision relative à l'effet suspensif se détermine au cas par cas. En l'espèce, contrairement au principe qui commande une application rétroactive de l'acte paralysé – afin que la partie recourante qui succombe ne puisse pas retirer sur le fond un avantage injustifié d'un recours mal fondé –, la reconnaissance d'un effet *ex tunc* risquerait d'engendrer des difficultés pratiques multiples, voire dommageables, notamment pour les employeurs ou l'assurance-chômage (nécessité de recalculer les salaires ainsi que les prestations sociales, etc.). Pour ces motifs, le Tribunal fédéral considère que, en l'occurrence, l'acte attaqué ne pourra déployer ses effets que de manière *ex nunc*, soit à partir du prononcé de l'arrêt (cons. 10.2).

III. Analyse

A. Le salaire minimum en Suisse : quelques repères historiques

Grâce à cet arrêt du Tribunal fédéral, Neuchâtel devient le premier canton suisse à introduire le salaire minimum. Loin de représenter une spécialité neuchâteloise, la question de l'instauration d'un salaire minimum a été discutée depuis une vingtaine d'années également sur le plan fédéral et dans plusieurs autres cantons. On cherchera ci-après à retracer brièvement l'histoire du salaire minimum en Suisse pour restituer ainsi le contexte général de l'arrêt qui nous occupe, notamment en vue de l'analyse *stricto sensu* qui sera présentée plus loin.

Depuis les années 1990, les interventions parlementaires fédérales contenant des revendications au sujet de la fixation de salaires minimaux se sont succédé². D'une manière

² Cf. notamment motion Zisyadis (92.3076) du 10 mars 1992 « Salaire minimum des apprentis » ; motion Borel (98.3564) du 10 décembre 1998 « Salaire minimum légal de 3000 francs par mois » ; motion Grobet (01.3315) du 19 juin 2001 « Travailleurs agricoles temporaires. Salaire minimum de 3000 francs » ; initiative parlementaire Zisyadis (05.425) du 17 juin 2005 « Instauration du salaire minimum interprofessionnel garanti et du revenu maximum acceptable » ; initiative parlementaire Zisyadis (08.411) du 19 mars 2008 « Droit à un salaire minimum dans la Constitution fédérale » ; postulat De Buman (12.4245) du 12 décembre 2012 « Des salaires minimaux dans les conventions collectives de travail par région ou par branche » ; motion Van Singer

générale, cependant, le Conseil fédéral a toujours considéré que la question n'avait pas à être réglée par le législateur, mais devait être laissée aux partenaires sociaux, mieux à même de trouver des solutions adaptées aux différentes branches à travers l'instrument des conventions collectives de travail (CCT).

Au niveau fédéral, il n'existe toujours pas à ce jour de salaire minimum légal. En 2012, l'Union syndicale suisse (USS) avait déposé une initiative populaire fédérale intitulée « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) »³, qui prévoyait notamment la fixation par la Confédération d'un plancher salarial minimal de 22 francs de l'heure (soit 4000 francs par mois), applicable de manière contraignante à tous les travailleurs, indépendamment de la région ou de la branche économique. Soumis au vote du peuple et des cantons le 18 mai 2014, le projet a finalement été nettement désavoué (par 76,3% des votants et l'ensemble des cantons⁴). Les opposants à l'initiative, comme du reste le Conseil fédéral dans son message, avaient notamment insisté sur les conséquences néfastes qu'une telle solution aurait eues sur le marché suisse du travail et sur le bon fonctionnement du partenariat social de notre pays⁵.

Dans les cantons, des projets similaires ont été mis en route. Le sort qui leur a été réservé est toutefois très variable.

A Genève, l'initiative populaire cantonale de 2008 « Pour le droit à un salaire minimum », portant sur l'introduction d'un nouvel article constitutionnel instituant le principe d'un salaire minimum cantonal (dont la teneur était d'ailleurs identique à celle de l'actuel art. 34a de la Constitution neuchâteloise), a d'abord été invalidée par le Grand Conseil genevois. L'affaire a été portée devant le Tribunal fédéral qui, dans un arrêt du 8 avril 2010, a jugé que « s'il est vrai que les grandes difficultés de mise en œuvre de l'initiative peuvent susciter des doutes quant à [sa] validité, ceux-ci ne suffisent pas à rendre l'initiative d'emblée manifestement contraire au droit supérieur »⁶, comme l'exigeait l'art. 66 al. 3 de la Cst./GE de l'époque. Suite à l'annulation par le Tribunal fédéral de la décision d'invalidation, l'initiative a été soumise au vote du peuple genevois le 27 novembre 2011, qui l'a finalement rejetée par 54,2% des voix⁷. Précédemment, le 15 mai de la même année, dans le Canton de Vaud, le peuple avait également refusé dans la mesure du 51% une initiative populaire rédigée en des termes semblables, demandant la modification de la Constitution vaudoise afin d'y inscrire le droit à un salaire minimum⁸.

(13.3614) du 21 juin 2013 « Possibilité d'instaurer des salaires minimaux cantonaux dignes » ; postulat Quadri (15.3909) du 23 septembre 2015 « Salaires minimaux cantonaux. Elargir modérément la marge de manœuvre des cantons à risque ».

³ Cf. arrêté fédéral du 13 décembre 2013 relatif à l'initiative populaire « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) », FF 2013 8697.

⁴ Pour les résultats, cf. FF 2014 6121, 6125.

⁵ Cf. message du 16 janvier 2013 relatif à l'initiative populaire « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) », FF 2013 1109, 1110.

⁶ Arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, cons. 3.3.

⁷ Pour l'historique de l'initiative constitutionnelle genevoise sur le salaire minimum (IN 142), cf. http://www.ge.ch/legislation/initiatives/f/in_table.html.

⁸ Toutes les informations relatives à l'initiative vaudoise « Pour le droit à un salaire minimum » et au scrutin du 15 mai 2011 sont disponibles sur le site internet du Canton de Vaud à l'adresse www.vd.ch/votations-precedentes.

Dans le Canton du Valais, une initiative de rang légal « Pour un salaire minimum légal en Valais », déposée en 2009, souhaitait la création d'une base légale formelle introduisant un salaire minimum cantonal de 3500 francs pour les travailleurs employés à plein temps par toutes les entreprises opérant sur le territoire du Valais. Le 18 mai 2014, les citoyennes et citoyens valaisans ont ainsi été appelés à se prononcer sur la question du salaire minimum aussi bien sur le plan cantonal que sur le plan fédéral. Bien que plus souple que l'initiative fédérale, laquelle préconisait un salaire minimum de 4000 francs, l'objet cantonal n'a cependant guère rencontré plus de succès auprès de la population valaisanne et a été rejeté par 81% des voix exprimées⁹.

Par contre, en 1977 déjà, le Canton du Jura avait inscrit dans sa Constitution le droit à un salaire qui assure à chaque travailleur un niveau de vie décent (art. 19 al. 3). En mars 2013, en acceptant l'initiative populaire cantonale « Un Jura aux salaires décents » à plus de 54%¹⁰, le peuple jurassien a en outre avalisé le mandat de créer une base légale établissant un salaire minimum chiffré pour les entreprises et les branches économiques du canton qui ne sont pas signataires d'une convention collective de travail. Le Gouvernement jurassien a par la suite élaboré un projet de loi fixant à 19,25 francs le salaire minimum horaire. Le Parlement cantonal a toutefois refusé, par deux fois, en première puis en deuxième lecture, d'entrer en matière sur la proposition de loi. Le 31 août 2016, la Cour constitutionnelle cantonale a constaté que le Parlement avait commis un déni de justice formel en refusant de légiférer sur le salaire minimum alors que le délai de deux ans pour mettre en œuvre l'initiative populaire était échu. L'affaire a donc été renvoyée au Parlement, sommé d'adopter une loi sur le salaire minimum cantonal dans les plus brefs délais¹¹. La commission compétente du Parlement jurassien attendait donc avec impatience l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la situation à Neuchâtel.

Enfin, le 14 juin 2015, c'était au tour des citoyennes et citoyens tessinois d'accepter le principe d'un salaire minimum cantonal. Ils ont en effet dit oui à l'initiative constitutionnelle « Sauvons le travail au Tessin », à hauteur de 54%¹². Après le préavis favorable du Conseil fédéral, le 12 juin 2017 les Chambres fédérales ont accordé la garantie fédérale à cette modification de la Constitution tessinoise le 12 juin 2017¹³. Les nouvelles dispositions constitutionnelles, qui définissent des critères d'introduction et de calcul du salaire minimal analogues à ceux de l'art. 34a de la Constitution du canton de Neuchâtel, doivent toutefois encore être concrétisées et là encore, comme dans le Canton du Jura, c'est donc avec une certaine impatience que les autorités tessinoises attendaient le verdict du Tribunal fédéral à propos de la loi neuchâteloise.

Ainsi, alors que Genève et Vaud refusaient d'inscrire le droit à un salaire minimum dans leurs constitutions, et le Valais dans sa loi, les citoyennes et citoyens des Cantons de Neuchâtel, du

⁹ Pour les résultats officiels de la votation cantonale du 18 mai 2014, cf. <https://votel.vs.ch/sites/votel/FR/1/result/vot/104>.

¹⁰ Cf. <https://www.jura.ch/CHA/SCH/Votations/2013/Votations-du-3-mars-2013/Initiative-populaire-Un-Jura-aux-salaires-decents.html>.

¹¹ Cf. arrêt CST 2/2016 du 31 août 2016, RJJ 2016 p. 31.

¹² Les résultats détaillés de la votation cantonale du 14 juin 2015 peuvent être consultés à la page <http://www4.ti.ch/index.php?id=86023&idVotazione=1014>.

¹³ Arrêté fédéral du 12 juin 2017 sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, du Tessin, de Genève et du Jura, FF 2017 4141.

Jura et du Tessin décidaient en sens inverse. A Neuchâtel, où la base constitutionnelle a été acceptée en 2011, c'est le 28 mai 2014, soit dix jours après le refus par l'ensemble des cantons de l'initiative fédérale imposant un salaire minimum de 4000 francs par mois, que le Grand Conseil neuchâtelois a accepté, à une large majorité, un projet de loi fixant un salaire cantonal de 20 francs par heure (3640 francs par mois). Neuchâtel était ainsi le premier canton à franchir ce pas. Toutefois, les recours interjetés par de nombreuses associations patronales et entreprises neuchâteloises et la subséquente décision du Tribunal fédéral d'octroyer l'effet suspensif ont stoppé l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions légales.

Presque trois ans après, l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 21 juillet 2017 et commenté ici débloque enfin la situation. Cette décision représente un tournant non seulement pour Neuchâtel, mais indirectement aussi pour les cantons qui, tels le Jura et le Tessin, n'ont pas encore entrepris ou achevé de concrétiser sur le plan légal les mandats constitutionnels correspondants.

B. L'analyse du contenu de l'arrêt : liberté économique et compétence cantonale pour fixer un salaire minimum

1. La conformité à la liberté économique

Après avoir rappelé le contexte historique et politique entourant la question du salaire minimum en Suisse, il y a lieu maintenant de revenir au contenu de l'arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, afin d'en mettre en exergue les points les plus importants.

Appelés à juger de la conformité au droit supérieur de la modification de la LEmpl/NE du 28 mai 2014, soit de la législation cantonale d'application concernant le salaire minimum cantonal, les juges fédéraux concentrent leur analyse sur deux griefs en particulier : la violation de la liberté économique et la violation du principe de la primauté du droit fédéral.

En ce qui concerne le volet institutionnel de la liberté économique (art. 94 Cst.), qui consacre le principe d'une économie fondée sur le libre marché, la question fondamentale à laquelle le Tribunal fédéral s'est trouvé confronté est celle de la qualification des mesures étatiques résultant des nouvelles dispositions de la LEmpl/NE. S'agit-il de mesures d'ordre économique ou de politique économique – en principe interdites car susceptibles d'entraver la libre concurrence – ou de mesures sociales¹⁴ – donc admissibles sous l'angle de la liberté économique ?

Pour déterminer si les nouvelles dispositions neuchâteloises sur le salaire minimum poursuivent des buts de politique sociale, le Tribunal fédéral recherche d'abord les motifs fournis par le texte de loi lui-même et par les travaux préparatoires. Il retient, d'une part, qu'au sens du nouvel art. 32a LEmpl/NE, l'institution du salaire minimum a pour but de lutter contre la pauvreté et de contribuer au respect de la dignité humaine. D'autre part, il se réfère au rapport du Conseil d'Etat¹⁵, selon lequel l'introduction d'un salaire minimum entend

¹⁴ Selon la jurisprudence, sont définies comme sociales ou de politique sociale les « mesures qui tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs » (arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 5.2 *in fine*, avec les références, notamment au célèbre ATF 97 I 499, *Griessen*, du 3 mars 1971).

¹⁵ Rapport du 4 novembre 2013 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) (Salaire minimum), spéc. p. 2.

garantir un niveau de vie décent à ces travailleurs qui ne peuvent dignement gagner leur vie grâce à leur salaire et, de ce fait, sont souvent voués à la précarité et au soutien de l'aide sociale (les dénommés *working poor*). Il observe également que statistiquement Neuchâtel enregistre le taux d'aide sociale le plus élevé de Suisse.

La Haute Cour se penche ensuite sur la question du montant du salaire minimum. Elle rappelle le cadre restrictif déjà posé par la jurisprudence : « les montants des salaires minima [doivent] 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 »¹⁶ au sens de l'art. 94 al. 1 Cst. En l'occurrence, les autorités cantonales neuchâteloises ont choisi de fonder le calcul du montant du salaire minimum sur les systèmes d'assurances sociales fédérales et plus particulièrement sur le revenu minimal net selon les prestations complémentaires à l'AVS/AI. Ces dernières sont destinées à couvrir les besoins vitaux – ce qui coïncide avec l'objectif poursuivi par la nouvelle réglementation neuchâteloise – et présentent l'avantage d'être calculées sur des bases relativement simples et peu variables en fonction de la situation personnelle du bénéficiaire¹⁷. Au vu de ces considérations, qu'il estime reposer sur des « critères objectifs et raisonnables » et rester dans les limites précédemment posées par la jurisprudence, le Tribunal fédéral conclut que la réglementation neuchâteloise peut être considérée comme relevant de la politique sociale, en soi admissible, et est donc conforme au principe de la liberté économique.

Quant à la conformité de la modification législative à la liberté économique individuelle (art. 27 Cst.), le Tribunal fédéral vérifie les conditions prévues à l'art. 36 Cst. Les dispositions litigieuses étant contenues dans une loi au sens formel, l'obligation de verser un salaire minimum aux travailleurs repose sur une base légale suffisante. Cette restriction à la liberté économique des employeurs présente en outre un intérêt public certain, étant donné qu'elle poursuit des objectifs de politique sociale reconnus. Reste à savoir si les nouvelles dispositions respectent le principe de la proportionnalité. Le but de l'introduction d'un salaire minimum cantonal étant de lutter de manière générale contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel pour que les travailleurs n'aient pas à se tourner vers l'aide sociale, le Tribunal considère cette mesure apte à atteindre cet objectif. D'après lui elle serait même nécessaire, car le recours à des moyens moins incisifs, comme les mesures prévues dans les conventions collectives de travail, ne permettrait pas de protéger « toute personne exerçant une activité salariée » comme l'exige l'art. 34a Cst./NE. D'après le Rapport du Conseil d'Etat, en effet, pour presque un tiers d'entre eux, les travailleurs neuchâtelois ne sont pas couverts par une convention collective¹⁸. Enfin, sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, l'argument du fardeau économique déraisonnable pour les employeurs est rejeté, d'une part car la nouvelle LEmpl/NE prévoit suffisamment de clauses de souplesse et de possibilités de réévaluations périodiques permettant de protéger les travailleurs du phénomène des *working poor* et, en même temps, de tenir compte des situations particulières de certains secteurs

¹⁶ Arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, cons. 3.3.

¹⁷ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 5.4.3, qui se réfère au Rapport du Conseil d'Etat, précité (note 15), spéc. p. 6.

¹⁸ Cf. Rapport du Conseil d'Etat, précité (note 15), p. 3.

économiques¹⁹. D'autre part, le salaire minimum horaire de 20 francs est calculé à partir de critères objectifs²⁰ et se situe dans une fourchette raisonnable. Le Tribunal fédéral conclut dès lors à la proportionnalité de la mesure, eu égard à la liberté économique individuelle aussi.

2. La conformité avec la primauté du droit fédéral et la répartition des compétences

La question de la compatibilité des dispositions de la nouvelle LEmpl/NE avec la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit du travail et de fixation des salaires est le deuxième élément central de l'arrêt. Il s'agit autrement dit de vérifier si, en l'espèce, les cantons disposent de la compétence de légiférer dans ce domaine.

En vertu du principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans des matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Ainsi, le Tribunal fédéral affirme qu'il s'agit en premier lieu de déterminer si la législation fédérale dans les domaines en question est exhaustive. Il nuance toutefois aussitôt cette affirmation en précisant que, d'après une jurisprudence constante, « 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 »²¹.

En matière de droit du travail – domaine à l'intérieur duquel s'inscrit la problématique du salaire minimum cantonal –, la répartition des compétences se fonde sur les art. 122 Cst. pour le droit civil et 110 Cst. pour le droit public. Avec l'adoption du Code civil (CC)²² et du Code des obligations (CO)²³ sur la base de l'art. 122 Cst., le volet du droit privé relatif au droit du travail

¹⁹ La modification de la LEmpl/NE du 28 mai 2014 fonde d'ailleurs plusieurs types de dérogations. Premièrement, selon l'art. 32c bis LEmpl/NE, les salaires définis comme de minime importance par la législation sur l'AVS (cf. art. 34d du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, RS 831.101) représentent un cas d'exception et ne sont donc jamais soumis au salaire minimum. Deuxièmement, le Conseil d'Etat reste libre de prévoir, par voie de règlement, des dérogations pour, d'une part, certains rapports de travail considérés comme particuliers, car s'inscrivant par exemple dans un contexte de formation ou d'intégration professionnelle (art. 32c LEmpl/NE), et, d'autre part, les secteurs économiques visés par l'art. 2 al. 1 let. d et e LTr, soit les secteurs de l'agriculture, de la viticulture et de l'horticulture (art. 32e LEmpl/NE). Ces dérogations n'ont toutefois pas les mêmes implications. D'après la systématique de la loi, dans le premier cas on exclut certains rapports de travail du champ d'application de la loi, lesquels ne seraient ainsi plus soumis au principe du salaire minimum ; dans le cas des secteurs agricoles, en revanche, la dérogation porte sur le montant du salaire minimum, qui ne serait donc plus celui de 20 francs par heure comme prévu à l'art. 32d al. 1 LEmpl/NE.

²⁰ Le calcul du revenu minimal selon les prestations complémentaires AVS/AI comprend un montant fixe pour les besoins vitaux, le loyer maximal, les primes d'assurance maladie (prime moyenne cantonale) et les cotisations annuelles aux assurances sociales. Pour une personne seule vivant dans le canton de Neuchâtel et travaillant 52 semaines par année et 41 heures par semaine, cela correspond à un salaire minimum brut horaire de 19,59 francs par heure, ensuite arrondi à 20 francs pour prendre en compte les frais potentiellement liés à l'acquisition du revenu. Le calcul du salaire minimum neuchâtelois est détaillé dans l'arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 5.6.7, qui renvoie, pour plus d'explications, au Rapport du Conseil d'Etat, précité (note 15), pp. 6 ss.

²¹ Arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 7.1, avec les références, notamment aux ATF 138 I 435, cons. 3.1, et 133 I 110, cons. 4.1. Cf. également les arrêts 2C_1062/2016 du 11 juillet 2017, cons. 2.2, et 1C_357/2009 du 8 avril 2010, cons. 2.1.

²² RS 210.

²³ RS 220.

a été exhaustivement réglementé par le droit fédéral²⁴. Pour ce qui est du droit public, au sens de l'art. 110 Cst., la Confédération dispose d'une compétence concurrente non limitée aux principes²⁵, dont elle a fait usage en adoptant la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr)²⁶.

En s'appuyant sur la jurisprudence et sur la doctrine, le Tribunal fédéral remarque que cette loi règle certes de manière exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle²⁷, mais qu'elle n'empêche pas pour autant l'adoption de mesures – notamment certaines mesures de politique sociale – qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur sur ceux-ci²⁸.

Autrement dit, les normes protectrices poursuivant un but distinct des normes figurant dans la loi sur le travail pourront coexister avec celles-ci²⁹. En l'occurrence, puisque, comme nous l'avons vu plus haut, les dispositions sur le salaire minimum relèvent de la politique sociale (elles visent à améliorer les conditions de vie des travailleurs ainsi qu'à leur permettre de vivre de leur emploi), le Tribunal fédéral admet en définitive que les mesures consacrées par la LEmpl/NE modifiée s'insèrent dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter³⁰. Les juges fédéraux insistent particulièrement sur le fait que l'effet de protection indirect pour le travailleur que produisent les dispositions neuchâteloises est admis uniquement dans la mesure où l'objectif principal de la réglementation cantonale dépasse de loin le but de protection des travailleurs que tend à réaliser le droit public fédéral³¹.

3. Appréciation

Au vu de ce qui précède, on peut constater que le Tribunal fédéral donne une réponse claire à la question, toujours remise sur le tapis par certains milieux, de la compatibilité de principe avec la liberté économique d'une réglementation cantonale instituant un salaire minimum. Pour autant qu'elle poursuive un but de politique sociale – et non un objectif de politique économique, intervenant dans la libre concurrence –, et qu'elle respecte les conditions de restriction des droits fondamentaux posées à l'art. 36 Cst., une telle réglementation ne contrevient pas à la liberté économique, dans ses dimensions institutionnelles (art. 94 al. 1 Cst.) et individuelle (art. 27 Cst.), et est donc conforme à la Constitution fédérale. Dans ce sens, l'arrêt doit être approuvé sans réserve.

²⁴ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 7.3.1, et la doctrine citée.

²⁵ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 7.5.1, et la doctrine citée.

²⁶ RS 822.11.

²⁷ Dès lors, l'art. 6 CC, qui réserve la compétence des cantons d'édicter des règles de droit public dans les domaines régis par le droit civil fédéral, à condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière en question de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral, ne peut en l'espèce pas être mobilisé.

²⁸ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 7.5.2, avec référence à ATF 133 I 110, cons. 4.3, ainsi qu'à PASCAL MAHON/ANNE BENOÎT, ad art. 71 LTr, in : Geiser/von Kaenel/Wyler (édit.), *Loi sur le travail*, 2005, n^{os} 16 ss.

²⁹ Cf. arrêt 2C_312/2009 du 5 octobre 2009, cons. 4.2.

³⁰ Dans ce sens, déjà LAURENT BIERI, *Le salaire minimum neuchâtelois*, in : Jusletter 11 août 2014, n^{os} 16 ss.

³¹ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 7.5.4.

Sous l'angle de la répartition des compétences, et de la primauté du droit fédéral, on peut constater qu'en considérant que – pour autant que la réglementation cantonale poursuive un but (sensiblement) plus large que la seule protection des travailleurs (en l'occurrence la lutte contre la pauvreté et le phénomène des *working poor*) –, la compétence législative du canton est donnée, cela même si le but général poursuivi inclut ou recouvre complètement celui de la protection des travailleurs et que le moyen mis en œuvre se concentre sur – ou se limite à – ceux-ci, le Tribunal fédéral accorde, avec cet arrêt, une marge de manœuvre relativement ample aux cantons. On pourrait y voir un certain élargissement de la compétence cantonale par rapport à la jurisprudence précédente. Dans les cas sur lesquels la jurisprudence s'était prononcée jusqu'ici, en effet, le but poursuivi par la législation cantonale était à première vue assez différent de celui de la protection des travailleurs soumis à la loi sur le travail, puisqu'il s'agissait soit de protéger des personnes non soumises à cette loi, soit de mesures de protection plus générales, comme la protection contre l'incendie, la police des bâtiments ou encore la protection de la tranquillité publique en général (fermeture des magasins le dimanche et le soir), etc.³². L'arrêt commenté ici peut donc sembler aller encore plus loin. D'un autre point de vue, on pourrait cependant aussi considérer qu'il s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence précédente, dans la mesure où le but ultime poursuivi est effectivement plus large que la seule protection des travailleurs soumis à la loi sur le travail : il vise, par la modération des dépenses de l'aide sociale, à protéger l'ensemble de la population neuchâteloise, partant de l'idée qu'il n'incombe pas à celle-ci de compenser, par le biais de l'aide sociale, l'existence sur le marché du travail de salaires ne permettant pas à leurs bénéficiaires de mener une vie décente.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que la concrétisation législative d'une initiative ou d'un article constitutionnel instituant un système de salaire minimum cantonal se révèle très délicate. Le Tribunal fédéral l'avait d'ailleurs déjà souligné dans son arrêt de 2010 : le cadre et les conditions restrictives posées par le respect du droit fédéral rendent la mise en œuvre extrêmement difficile³³. Si les cantons conservent donc assurément une compétence résiduelle en matière de fixation des salaires, leur marge de manœuvre reste étroite. Les cantons qui attendaient le verdict du Tribunal fédéral sur le cas de Neuchâtel pour s'atteler à l'élaboration d'une législation sur le salaire minimum, à savoir les cantons du Jura et du Tessin, en étaient déjà prévenus, de manière abstraite, suite à l'arrêt de 2010. Ils savent désormais, plus concrètement, ce qu'il leur est possible – et ce qu'il ne leur est pas possible – de faire.

C. Les effets de l'arrêt dans le temps

Le jugement du Tribunal fédéral intervient presque trois ans après la promulgation de la Loi portant modification de la LEmpl/NE du 28 mai 2014. A l'époque, le Conseil d'Etat neuchâtelois avait fixé l'entrée en vigueur de la plupart des nouveaux articles au 1^{er} janvier 2015. L'effet suspensif accordé aux recours sur requête des recourants (art. 103 al. 3 LTF) a toutefois paralysé l'exécution de l'acte attaqué et ainsi empêché les dispositions sur le salaire minimum de déployer des effets juridiques. « L'effet suspensif dure jusqu'à droit jugé »³⁴,

³² Pour ces exemples – et les références correspondantes à la jurisprudence –, cf. MAHON/BENOÎT, précités (note 28), n^{os} 21 et 22.

³³ Cf. arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, cons. 3.3.

³⁴ BERNARD CORBOZ, ad art. 103 LTF, in : *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., 2014, n^o 39, cité au cons. 10.2 de l'arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017.

c'est-à-dire qu'il cesse au moment du prononcé de l'arrêt de fond, à savoir, dans le cas qui nous occupe, le 21 juillet 2017.

La date pour l'entrée en vigueur de la nouvelle LEmpl/NE étant dépassée de plus de deux ans, se pose alors la question des conséquences pratiques découlant de l'octroi de l'effet suspensif. Concrètement, puisque le recours a été rejeté et la validité de l'acte attaqué confirmée, il s'agit de déterminer à partir de quand la réglementation cantonale sur le salaire minimum prend effet : de manière rétroactive au jour où elle était censée entrer en vigueur, soit le 1^{er} janvier 2015 (effet *ex tunc*) ou seulement à partir de la date de la décision qui met fin à l'effet suspensif, soit le 21 juillet 2017, ou encore, comme cela a été affirmé lors de la conférence de presse du Conseil d'Etat neuchâtelois³⁵, le 4 août 2017, date où l'arrêt a été rendu public (effet *ex nunc*) ?

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas de réponse univoque à cette question ; la portée de l'effet suspensif doit bien plus se déterminer au cas par cas³⁶. Vaux néanmoins le principe selon lequel l'effet suspensif ne doit pas procurer un avantage quelconque à la partie recourante qui succombe au détriment de l'intimé qui obtient gain de cause³⁷, car le droit de procédure doit permettre la réalisation du droit matériel et non y faire obstacle³⁸. L'application de ce principe largement admis conduit généralement à retenir la validité *ex tunc* de l'acte paralysé³⁹ ; l'effet juridique doit se produire au moment où les éléments constitutifs sont réalisés, la nécessité d'un jugement sur recours n'est qu'un aspect procédural qui ne change rien à la situation au regard du droit matériel⁴⁰. Cette règle souffre néanmoins de quelques exceptions. Dans certains cas particuliers, une application rétroactive n'est en effet tout simplement pas envisageable. Que ce soit pour des raisons pratiques ou pour des motifs de sécurité juridique⁴¹, il est parfois impossible de refaire le passé⁴². Il est intéressant de noter que pour la doctrine, la personne qui, pendant la durée de l'effet suspensif, a obtenu un avantage financier s'étant par la suite révélé injustifié, est tenu de le restituer. Les prestations pécuniaires (p. ex. rentes, primes d'assurances, recettes d'une vente) sont donc en général exigibles de manière rétroactive⁴³.

On pourrait dès lors penser qu'en l'espèce les employeurs neuchâtelois seraient tenus de rembourser rétroactivement à leurs employés l'éventuelle différence entre le salaire perçu et

³⁵ Voir, pour cette conférence de presse ci-dessous, dans le texte.

³⁶ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 10.2, avec référence aux ATF 140 II 134, cons. 4.2.1 ; 112 V 74, cons. 2a ; 106 la 155, cons. 5.

³⁷ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 10.2, avec les références.

³⁸ Arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 10.2, avec référence notamment à ATF 106 la 155, cons. 5.

³⁹ Cf. arrêt 2C_774/2014 du 21 juillet 2017, cons. 10.2, avec les références.

⁴⁰ HANSJÖRG SEILER, ad art. 55 PA, in : Waldmann/Weissenberger (édit.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., 2016, n° 70 avec les références.

⁴¹ SEILER, précité (note 40), n° 74.

⁴² Cf. ATF 112 V 74, cons. 2b. Parmi les exemples cités par la doctrine, on mentionnera celui d'une autorisation de construire frappée d'effet suspensif, qui ne pourra pas être « reprise » de manière rétroactive une fois l'effet suspensif levé, tout simplement parce que les travaux de construction ne pourront être entrepris qu'à ce moment-là, ou celui d'une décision de retrait du permis de conduire à laquelle on a octroyé l'effet suspensif, qui ne pourra pas être mise en œuvre pour la période écoulée (cf. notamment XAVER BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, 2006, n° 342 ; FRITZ GYGI, *Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege*, in : ZBl 77 (1976), n° 9).

⁴³ SEILER, précité (note 40), n° 71.

le salaire minimum fixé dans la nouvelle LEmpl/NE. Cependant, le Tribunal fédéral en a décidé autrement. Il a considéré que, s'agissant d'un acte normatif censé s'appliquer à un cercle indéterminé de personnes, la reconnaissance d'un effet *ex tunc* menacerait en l'occurrence tant les intérêts individuels d'un grand nombre de personnes que la sécurité juridique dans le canton et que, pour ces motifs, il sied de n'en reconnaître l'applicabilité que *ex nunc*, soit pour le futur, à partir du prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Si la décision des juges fédéraux est claire sur ce point, au niveau cantonal, le travail de mise en œuvre de la modification législative n'est pas pour autant achevé. En effet, le salaire minimum est dès à présent applicable à Neuchâtel, mais les délais qui avaient été prévus en 2014 pour l'élaboration des dispositions d'application, notamment en ce qui concerne les régimes d'exception, sont largement dépassés. Conscientes du fait qu'un employé avec un salaire encore en dessous du minimum légal pourrait exploiter ce vide juridique, les autorités cantonales ont dû réagir très rapidement.

Le calendrier des travaux a été défini lors de la séance du Conseil d'Etat du 16 août 2017. A l'occasion d'une conférence de presse, le 31 août 2017, le Département de l'économie et de l'action sociale (DEAS) a ensuite annoncé la mise en consultation, jusqu'au 29 septembre, d'un projet de règlement d'application auprès des partenaires concernés. A travers ce règlement, le canton prévoit notamment de mettre en place un mécanisme de contrôle de l'application des nouvelles dispositions, sous la forme d'une commission tripartite composée de représentants des différents partenaires sociaux, et de définir les exceptions au montant du salaire minimum au sens des art. 32c (rapports de travail particuliers) et 32e (secteurs économiques) LEmpl/NE⁴⁴. L'entrée en vigueur du règlement est prévue pour le 1^{er} novembre 2017. Dans l'intervalle, le Service cantonal de l'emploi a publié un guide pratique sur le salaire minimum à l'attention des employeurs et des employés du canton, qui inclut notamment des conseils relatifs à l'application de la loi et des aides au calcul⁴⁵.

D. L'application du salaire minimum « dans l'espace » et les questions de hiérarchie des normes

1. L'application « territoriale »

Sans entrer dans le détail, on relèvera encore ici deux points qui ne ressortent pas de l'arrêt du Tribunal fédéral – ce n'était pas son objet – mais qui pourraient à l'avenir soulever des questions intéressantes sur le plan juridique.

Le premier a trait au champ d'application « dans l'espace » – ou territorial – du salaire minimum neuchâtelois. Sur ce point, la loi prévoit, à son art. 32b, que les dispositions relatives au salaire minimum seront applicables à toutes les « relations de travail des travailleurs accomplissant habituellement leur travail dans le canton » de Neuchâtel. Le rapport explicatif du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi précisait ce qui suit à ce propos : « Il va de soi que pour un travailleur dont le lieu de travail se situe exclusivement dans le canton ces dispositions seront applicables alors que le travailleur qui traverse occasionnellement le canton dans le

⁴⁴ Le Projet de règlement portant sur l'application des dispositions de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage relatives au salaire minimum neuchâtelois peut être consulté sur le site internet du canton (www.ne.ch) à la page <http://www.ne.ch/autorites/CE/consultations/Pages/consultations-cantonales.aspx>.

⁴⁵ Le Mémento sur le salaire minimum est disponible sur le site internet du canton (www.ne.ch) à la page <http://www.ne.ch/medias/Pages/170831-salaire-minimum.aspx>.

cadre de son travail ne sera pas concerné. Entre ces deux situations extrêmes se situe une multitude de cas pour lesquels la question de l'application des dispositions relatives au salaire minimum se pose. Le projet propose d'utiliser le lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail comme critère permettant de déterminer si la loi, donc le salaire minimum, est applicable. Ce critère est repris de la Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 ; cela permettra de se référer à la pratique découlant de l'application de cette loi pour trancher les cas problématiques. Le salaire minimum doit par conséquent être versé lorsque le lieu de travail est situé habituellement dans le canton, indépendamment du domicile du travailleur ou du siège de l'employeur »⁴⁶. Cette explication, notamment avec la mention du « lieu de travail habituel » ainsi que la référence à l'art. 121 LDIP⁴⁷, est toutefois quelque peu ambiguë. On peut notamment se demander si un travailleur employé par une entreprise sise dans un autre canton et exerçant habituellement son activité dans cet autre canton, mais détaché pendant une certaine durée, par exemple à l'occasion d'un chantier, sur le territoire du Canton de Neuchâtel, devra être mis, le cas échéant, au bénéfice du salaire minimum neuchâtelois, ou si au contraire celui-ci ne s'appliquera pas. La même question se pose pour un travailleur d'une entreprise étrangère détaché, pour une certaine durée, pour exercer une activité à Neuchâtel. On peut en d'autres termes se demander si le législateur cantonal a sciemment voulu écarter une solution – ou s'il a au contraire voulu adopter une réglementation – semblable à celle que le législateur fédéral a retenue, de manière explicite, pour les contrats-types de travail impératifs instituant des salaires minimaux. Selon cette règle fédérale, un tel contrat-type s'applique « également aux travailleurs qui ne sont actifs que pour une période limitée dans son champ d'application territorial, ainsi qu'aux travailleurs dont les services ont été loués »⁴⁸. Cette règle, dont on considère qu'elle représente en quelque sorte une *lex specialis* par rapport à la règle du lieu de travail habituel de l'art. 121 LDIP⁴⁹, est interprétée comme signifiant que « le contrat-type impératif s'applique aussi aux travailleurs qui n'entrent que temporairement dans son champ d'application territorial, c'est-à-dire qui accomplissent habituellement ailleurs leur travail et qui ne sont d'ordinaire pas soumis à ce contrat-type ; le contrat-type s'applique ainsi provisoirement au travailleur détaché d'un autre canton dont le salaire n'est pas forcément soumis à un contrat-type dans le canton d'origine et au travailleur détaché de l'étranger dont le contrat n'est même pas soumis au droit suisse »⁵⁰. A lire le rapport du Conseil d'Etat, il semble plutôt que l'idée soit que seuls seront soumis au salaire minimum les contrats des travailleurs ayant leur lieu de travail habituel dans le canton. Mais la question reste à notre avis ouverte.

Une autre question qui se pose, dans le même ordre d'idée, est celle de savoir, à l'inverse, en quelque sorte, ce qu'il en est d'une personne qui effectuerait habituellement son travail à Neuchâtel (p. ex. les deux tiers de son temps) mais travaillerait aussi, pour le reste, dans un ou d'autres cantons. On peut se demander si, dans un tel cas, le tiers de la relation de travail exercé ailleurs est également soumis au salaire minimum – ou non –, compte tenu de ce que

⁴⁶ Cf. Rapport du Conseil d'Etat, précité (note 15), p. 16.

⁴⁷ RS 291.

⁴⁸ Art. 360d al. 1 CO, introduit avec les articles 360a à 360f CO, par la Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement, du 8 octobre 1999, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003.

⁴⁹ Voir notamment, à ce propos, ELOI JEANNERAT – PASCAL MAHON, ad art. 359 et ss, *in* : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 2013, spéc. n° 4 ad art. 360d.

⁵⁰ JEANNERAT – MAHON, précités (note 49), n° 6 ad art. 360d.

le droit public d'un canton ne peut à priori pas prétendre s'appliquer sur le territoire d'un autre canton ; en même temps, le salaire minimum s'appliquant aux « relations de travail », et non à certaines parties d'entre elles, on peut aussi considérer, probablement, que le lieu principal ou habituel de l'activité à Neuchâtel, ainsi que le domicile éventuel de l'employé et/ou le siège de l'employeur dans le canton de Neuchâtel sont des critères de rattachement suffisants pour justifier l'application du salaire minimum à l'ensemble de la relation de travail. Là encore, toutefois, la question méritera, si elle se pose en pratique, un examen approfondi.

Pour résumer, les questions qui se posent sont celles de savoir si le salaire minimum imposé par le droit public neuchâtelois s'applique uniquement aux travailleurs effectuant leur travail habituellement dans le canton de Neuchâtel – et non aux travailleurs détachés en partie ou temporairement sur le territoire neuchâtelois par une entreprise sise dans un autre canton ou à l'étranger –, et si cela vaut uniquement pour les heures effectuées dans le Canton de Neuchâtel – et non pour les heures que les travailleurs dont le lieu de travail habituel se situe à Neuchâtel effectueraient en partie ou temporairement comme travailleurs détachés sur le territoire d'un autre canton.

2. Les conflits de normes

La seconde interrogation – partiellement liée à la première⁵¹ – a trait à la place que prendra ce salaire minimum cantonal dans la hiérarchie, déjà assez complexe, des normes applicables en matière de droit du travail (au sens large), ou, en d'autres termes, à la question d'éventuels conflits entre la nouvelle législation cantonale imposant un salaire minimum et d'autres sources applicables aux contrats de travail concernés, notamment des conventions collectives – éventuellement étendues – et des contrats-types de travail – impératifs – susceptibles de prévoir eux aussi des salaires minimaux. En tant que droit public impératif imposant un salaire minimum, la nouvelle loi cantonale doit être considérée comme comportant du droit relativement impératif – c'est-à-dire auquel on ne peut déroger qu'en faveur des travailleurs⁵² et elle doit donc l'emporter sur les éventuelles conventions collectives contraires, sauf évidemment si celles-ci sont plus favorables aux travailleurs (par exemple parce qu'elles prévoient des salaires minimaux supérieurs à celui fixé par la législation cantonale)⁵³. Dans le cas d'un éventuel conflit entre la législation cantonale discutée ici et un contrat-type impératif fixant un salaire minimum, il conviendrait de le résoudre en appliquant les règles habituelles

⁵¹ On pourrait en effet très bien imaginer, dans le cas du dernier exemple mentionné ci-dessus, c'est-à-dire celui du travailleur exerçant une partie principale de son activité sur le territoire neuchâtelois, mais une autre partie, non négligeable, dans un autre canton, que le droit de ce canton contienne lui aussi des règles sur le salaire applicable aux travailleurs occupés (des règles fixant un salaire minimum impératif, par le biais d'un contrat-type impératif, par exemple, ou même des règles comportant un silence qualifié en matière de fixation du salaire). Dans un tel cas, il pourrait en résulter un conflit de normes, à supposer en tout cas que le droit neuchâtelois soit jugé potentiellement applicable au-delà des frontières cantonales.

⁵² Dans ce sens, mais pour les contrats-types impératifs adoptés en application des articles 360a et ss CO, cf. JEANNERAT – MAHON, précités (note 49), n° 9 ad art. 360d.

⁵³ Dans ce sens, notamment, CHRISTIAN BRUCHEZ, ad art. 358, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 2013, n° 20.

d'interprétation et de conflits de lois, dont fait notamment partie, en droit du travail, le principe de la clause la plus favorable aux travailleurs⁵⁴, parmi d'autres considérations⁵⁵.

Comme on le voit sur la base des deux points discutés ici – sans prétention à l'exhaustivité –, l'application de la nouvelle loi sur le salaire minimum neuchâtelois ne manquera pas de poser des questions juridiques intéressantes.

⁵⁴ Dans ce sens, pour les conflits entre deux contrats-types impératifs, cf. JEANNERAT – MAHON, précités (note 49), n° 19 ad art. 359. Plus généralement, sur ces différents cas de conflits entre sources différentes du droit du travail, voir aussi les n°s 17 et 18 ad art. 359, ces auteurs précisant que la résolution de tels conflits peut dans certains cas aboutir « à un renversement de la hiérarchie des normes (p. ex. le droit cantonal primant le droit fédéral) » (n° 17 ad art. 359).

⁵⁵ Notamment celle de l'application de la nouvelle législation neuchâteloise dans l'espace, justement. Ainsi, la situation pourrait être relativement complexe dans l'hypothèse où, dans l'exemple mentionné plus haut, soit celui du travailleur ayant son lieu de travail habituel et exerçant son activité principalement à Neuchâtel, mais travaillant aussi, partiellement et/ou temporairement ailleurs, le travailleur en question est domicilié dans un autre canton : dans cette hypothèse, on peut douter que la législation neuchâteloise, qui a pour but de lutter contre la pauvreté et le phénomène des *working poor* dans le canton, puisse prétendre primer sur le droit d'un autre canton.