

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Raffaella Martinelli Peter/Stefano Fornara, La fin justifie-t-elle les moyens ? – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_98/2020, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2022

**Art. 49 Cst., 4 et 23
LAN/TI**



La fin justifie-t-elle les moyens ? – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_98/2020

Raffaella Martinelli-Peter, avocate, spécialiste FSA en droit du travail et Stefano Fornara, avocat et notaire, à Lugano¹

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral (TF) s'est livré à l'analyse de plusieurs problématiques liées à la constitutionnalité de la loi tessinoise sur l'ouverture des magasins (LAN/TI), loi qui prévoyait, notamment, l'obligation de conclure une convention collective de travail pour déclencher son entrée en vigueur. En particulier, le TF a considéré que les art. 23 al. 1, 4 al. 2 et 3 LAN/TI violaient le principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.). Notre Haute Cour, dans une perspective fédéraliste et de proportionnalité, a toutefois opté pour une solution pragmatique, en se limitant à annuler les art. 23 al. 1 et 4 al. 2 et 3, sans toutefois décréter l'annulation de l'ensemble de la loi.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 23 mars 2015, le Grand Conseil du canton du Tessin a adopté la nouvelle loi tessinoise sur l'ouverture des magasins (LAN/TI²). Parmi ses différentes dispositions, la suivante revêt une pertinence particulière :

Article 23 – Entrée en vigueur

1. La présente loi n'entrera en vigueur qu'après l'entrée en vigueur d'une convention collective de travail (CCT) déclarée de force obligatoire générale par le Conseil d'Etat. L'Office cantonal de conciliation est chargé de faciliter la conclusion de la CCT.

¹ Les auteurs remercient Dorian Cariboni, avocat-stagiaire, pour son aide dans le cadre de la rédaction de la présente contribution.

² RL/TI 945.200.

Le 27 mars 2015, la LAN/TI a été publiée dans la Feuille Officielle du Canton du Tessin³ ; elle a ensuite été acceptée par votation populaire le 28 février 2016⁴. Conformément à l'article 23 LAN/TI, suite au vote, la loi n'a toutefois pas été publiée dans le Bulletin Officiel, car la convention collective de travail de force obligatoire générale mentionnée à l'art. 23 al. 1 LAN/TI n'était pas encore entrée en vigueur.

Le 16 octobre 2019, le Conseil d'Etat du Canton du Tessin a édicté un décret, qui a conféré jusqu'au 30 juin 2023 un caractère obligatoire général – au niveau cantonal – à la convention collective de travail (CCT) du commerce de détail. Le 13 novembre 2019, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a approuvé ce décret. Conformément à l'article 23 LAN/TI, la loi a ensuite été publiée au Bulletin Officiel du 13 décembre 2019⁵, ainsi que le décret susmentionné. L'entrée en vigueur de la LAN/TI a été fixée au 1^{er} janvier 2020.

Le 24 janvier 2020, agissant par la voie d'un recours de droit public, une entreprise active dans le commerce de détail s'est adressée au TF, en lui demandant d'annuler les art. 4 al. 2 et 3, 8, 9, 10 al. 3, 14 al. 4, et 23 al. 1 LAN/TI.

B. Le droit

Selon la recourante, l'art. 23 al. 1 LAN/TI avait pour objectif la protection des travailleurs, domaine qui est de la compétence de la Confédération (art. 118 al. 1 et 110 al. 1 let. a Cst.). De ce fait, le principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) n'aurait pas été respectée.

Aux termes de l'art. 110 al. 1 lit. a Cst., la Confédération peut édicter des règles en matière de protection des travailleurs. Cette compétence législative est de caractère général et exclut toute compétence des cantons à ce propos⁶. Avec l'adoption de la loi sur le travail (LTr), la Confédération a exercé sa compétence. Il en résulte que les cantons n'ont aucune compétence résiduelle⁷.

La loi sur le travail, qui règle la protection des travailleurs, prévoit une exception concernant la compétence législative (art. 71 let. c LTr) : « *Sont réservées 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.* » En ce qui concerne cet article, le TF a considéré, dans sa jurisprudence, que les règlements cantonaux et communaux sur les heures de fermeture des magasins peuvent seulement avoir pour but le respect de la tranquillité nocturne et des jours fériés, et pas la protection des travailleurs⁸.

Selon le TF, le législateur tessinois est allé bien au-delà des limites fixées par l'art. 71 let. c LTr. En effet, le législateur tessinois a soumis l'entrée en vigueur de la LAN/TI à celle d'une CCT (déclarée de force obligatoire générale). Si la CCT concernée n'avait jamais été adoptée, puis

³ FU 24/2015 du 27 mars 2015.

⁴ FU 20/2016 du 11 mars 2016.

⁵ BU 53/2019.

⁶ ATF 139 I 242, consid. 3.1.

⁷ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 3.5.2 ; ATF 130 I 279.

⁸ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 3.6.

déclarée de force générale par le Conseil d'Etat tessinois, la LAN/TI ne serait jamais entrée en vigueur.

Selon le TF, l'art. 23 al. 1 LAN/TI a été adopté dans le but d'exercer une pression sur les partenaires sociaux afin qu'ils adoptent la CCT en question, dont l'objectif est, notamment, la protection des travailleurs. C'est pour cette raison que le TF a constaté une violation du principe de primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst)⁹.

Notre Haute Cour a toutefois estimé qu'il serait excessif d'annuler l'ensemble de la loi en conséquence de l'inconstitutionnalité du seul art. 23 al. 1 LAN/TI : *« Tout d'abord, il ne faut pas oublier que le Tribunal fédéral impose une certaine retenue, justifiée par les principes découlant du fédéralisme et de la proportionnalité, dans les cas où il procède à un contrôle abstrait d'un acte législatif cantonal. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'annulation de toute une loi cantonale, alors en vigueur, est en jeu. [...] En outre, l'art. 23 al. 1 LAN/TI n'a plus aucun effet pratique à l'heure actuelle : son seul objectif était de suspendre l'entrée en vigueur de la LAN/TI jusqu'à la conclusion d'une CCT et du décret y relatif du Conseil d'Etat lui octroyant un caractère obligatoire général. En ce sens, il semble très problématique de reconnaître un objectif de protection des salariés à l'ensemble de la loi sur la seule base d'une telle règle, qui ne fait que régler l'entrée en vigueur de la loi. Après tout, la LAN/TI a été adoptée par le Parlement, puis acceptée en votation populaire à la suite d'un référendum. »*¹⁰.

Un deuxième grief concerne l'art. 4 al. 2 et 3 LAN/TI qui, selon la recourante, visait la protection des travailleurs, et qui était de ce fait contraire au principe de primauté du droit fédéral¹¹.

L'art. 4 LAN/TI avait le but d'instaurer une « Commission consultative » dont la tâche aurait dû être de soutenir le département cantonal compétent dans l'application de la LAN/TI (art. 4 al. 1 LAN/TI). L'art. 4 al. 2 LAN/TI prévoyait que la Commission consultative notifierait à l'avance les exceptions à la LAN/TI et recommanderait à l'organisme compétent les lieux d'inspection périodique. Selon l'art. 4 al. 3 LAN/TI, la Commission consultative devait être composée par des représentants des employeurs et des représentants syndicaux de la vente au détail¹². La recourante a observé que cet organisme n'était pas compatible avec le but prévu à l'art. 1 al. 2 LAN/TI, notamment la protection de la tranquillité nocturne et des jours fériés.

Vu ce qui précède, le TF a jugé que l'art. 4 LAN/TI avait des objectifs évidents de protection des travailleurs. Sur ce point également, le recours a été jugé bien fondé, si bien que l'art. 4 al. 2 et 3 a été annulé¹³.

III. Commentaire

L'arrêt du Tribunal fédéral concernant la loi tessinoise sur l'ouverture des magasins (LAN/TI) ne contient pas de considérations juridiques innovantes ; le TF a appliqué une jurisprudence claire et consolidée depuis des années, selon laquelle le droit fédéral prime sur le droit cantonal (art. 49 Cst.) en matière de protection des travailleurs. Néanmoins, l'affaire qui est à

⁹ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 3.8.

¹⁰ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 4 (traduction de l'italien).

¹¹ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 5.

¹² Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 5.1.

¹³ Arrêt du TF 2C_98/2020 du 22 décembre 2021, consid. 5.2.

la base de la décision dont il est ici question soulève certaines questions qui méritent d'être examinées.

A. Extension des horaires d'ouverture des magasins : nouvelle tendance

Au cours des dernières années, plusieurs cantons suisses ont manifesté une **volonté d'étendre les heures d'ouverture des magasins, afin de les adapter à l'évolution des besoins des consommateurs**¹⁴. Cette volonté a alarmé les partis politiques qui défendent les droits des travailleurs et les syndicats. Selon eux, les changements dans ce sens devraient être accompagnés d'une plus grande protection des travailleurs. De ce fait, afin qu'une révision de la loi cantonale concernant l'extension des heures d'ouverture des magasins puisse être adoptée, il est nécessaire de chercher un compromis entre les différentes forces politiques représentées dans les organes législatifs cantonaux, ce qui peut porter à des résultats juridiquement discutables.

Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le travail, le législateur fédéral a réglementé de manière exhaustive le sujet de la protection des travailleurs. Selon l'art. 71 let. c LTr sont réservées les prescriptions de police fédérales, cantonales et communales, avec un renvoi explicite au repos dominical et aux heures d'ouverture des commerces de détail. Le Tribunal fédéral a interprété cette règle de manière très claire (voir notamment ATF 130 I 279, consid. 2.3.1 et les références qui y sont faites). Il a jugé que les Cantons peuvent seulement édicter des normes sur les heures d'ouverture des magasins dans le but de préserver la tranquillité publique (notamment la nuit et les jours fériés) ou afin de protéger les personnes non soumises à la LTr, en particulier les commerçants eux-mêmes et leurs proches.

Cette jurisprudence est appliquée de manière constante par notre Haute Cour. Malgré cela, certains Cantons, parmi lesquels le Tessin, Genève, Bâle-Ville et Neuchâtel, ont édicté des lois qui corrélaient directement ou indirectement la réglementation des heures d'ouverture des magasins à celle de la protection des travailleurs. Dans les cas de Genève (SJ 1997 p. 421 ss) et de Bâle-Ville (BGE 130 I 279), les réglementations concernées ont été annulées par le TF. S'agissant en revanche de Neuchâtel, une disposition liant l'entrée en vigueur de la loi sur l'extension générale du champ d'application de la Convention collective de travail de la vente au détail (art. 26 LHOCOM) a été acceptée en votation populaire et n'a pas fait l'objet d'un contrôle constitutionnel devant le Tribunal fédéral.

Or, c'est cette disposition neuchâteloise qui a inspiré certains parlementaires tessinois. Ceux-ci ont en effet mentionné cet exemple lors du débat parlementaire concernant la LAN/TI, en proposant, par le biais d'un amendement, l'introduction de l'art. 23 LAN/TI (voir procès-verbal de la séance XXXVII du Grand Conseil : 23 mars 2015, p. 3895 ss). Par la suite, le Parlement a approuvé (à une très courte majorité) la proposition d'introduire l'art. 23 LAN/TI, malgré toutes les remarques faites à propos de l'inconstitutionnalité manifeste de la disposition. Le Message relatif à la LAN/TI¹⁵ mentionnait d'ailleurs explicitement la compétence exclusive de la Confédération en matière de protection des travailleurs : « Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le travail le 1^{er} février 1966, il n'est plus possible d'adopter des réglementations sur la protection des travailleurs au niveau cantonal. Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé à plusieurs reprises, les dispositions sur la fermeture des magasins ont pour but de préserver la

¹⁴ N° 6480 du 23 mars 2011, p. 16.

¹⁵ N° 6480 du 23 mars 2011, p. 11.

tranquillité nocturne et les jours fériés et d'assurer aux entrepreneurs les jours de repos nécessaires (ATF 130 I 279, consid. 2.3.1 ; 122 I 90, consid. 2c ; 119 Ib 374, consid. 2b/bb). Pour résumer, il faut que la loi sur le travail et le règlement sur les heures d'ouverture des magasins soient deux règlements clairement distincts, ayant des objectifs différents : les heures d'ouverture d'un magasin ne sont en effet pas les heures de travail de l'employé. Cela n'empêche pas l'existence de liens étroits entre eux, notamment en ce qui concerne les garanties de traitement équitable du personnel de vente (horaires de travail, congés, respect des contrats). L'ouverture des magasins n'est de facto possible que si les conditions des deux règlements sont cumulativement remplies. La définition des heures d'ouverture des magasins est de toute façon une compétence cantonale, tandis que la définition des normes minimales de travail, pour protéger les employés, est une compétence fédérale ».

En outre, les parlementaires ont reçu un avis de droit négatif rédigé par un expert quant à la possibilité d'introduire un tel article dans la loi. **Tous ces « avertissements » n'ont pas empêché les parlementaires d'approuver la LAN/TI, ainsi que l'article 23.** La loi a été ensuite approuvée par votation populaire (à la suite d'un référendum), et elle est entrée en vigueur quelque temps plus tard, conformément à l'art. 23 LAN/TI, lorsque la CCT dont il a été question plus haut a été déclarée de force obligatoire générale.

B. Spécificité des zones touristiques

Il convient, en outre, d'évoquer les **particularités spécifiques des zones touristiques**, sans oublier celles liées aux besoins particuliers du **tourisme international lié au shopping dans les grands magasins**, nouveauté de ces dernières années. A ce titre, il est important de mentionner l'article 25 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (OLT 2), qui prévoit des dérogations à l'interdiction d'ouverture le dimanche pour les magasins situés dans des zones touristiques (al. 1 et 2) et pour les centres commerciaux qui répondent aux besoins du tourisme international (al. 3 et 4). Ces deux derniers alinéas sont entrés en vigueur en avril 2015, pour donner suite à la motion du conseiller aux Etats Fabio Abate « *Renforcer le tourisme suisse : modifier l'OLT 2 pour l'adapter aux nécessités du tourisme* ».

L'art. 25 OLT 2 est particulièrement important pour le Tessin, canton très attractif au niveau touristique. En effet, la LAN/TI tient dûment compte des commerces des stations touristiques, qui bénéficient de possibilités d'ouverture étendues, tant du point de vue des heures d'ouverture que des dimanches et jours fériés officiels (art. 10 let. f, 14 let. f LAN/TI).

Le Message relatif à la LAN/TI (p. 25) indique clairement la volonté de l'exécutif d'adapter sa législation sur l'ouverture des magasins à la lumière des possibilités offertes par l'OLT 2 : « *L'Ordonnance 2 relative à la loi fédérale sur le travail prévoit une nouvelle dérogation importante à l'interdiction du travail dominical en faveur des commerces situés dans les régions touristiques pendant la saison touristique concernée. [...] Afin d'établir, dans ce domaine également, un parallèle approprié avec les possibilités offertes par le droit fédéral en matière de travail dominical, le projet de loi propose d'autoriser l'ouverture des magasins des stations touristiques le dimanche jusqu'à 22h30, et par conséquent de prolonger les heures d'ouverture en semaine jusqu'à cette heure également [...]* ».

En ce qui concerne les grands magasins consacrés au tourisme international (art. 25 al. 3 et 4 OLT 2), il convient de noter que l'al. 4 de la disposition en question prévoit des conditions particulières pour qu'un centre soit reconnu en tant que centre d'importance pour le tourisme

international lié au shopping au sens de l'al. 3. Parmi ces conditions il est mentionné que : « *les travailleurs bénéficient de compensations pour le travail du dimanche qui vont au-delà des prescriptions légales* » (cf. art. 25 al. 4 let. d OLT 2). Le rapport explicatif de janvier 2015 du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), qui accompagnait cette modification de l'OLT 2, précise ce qui suit : « *Comme cette disposition spéciale aura pour conséquence une augmentation du travail le dimanche, il est important que les travailleurs concernés disposent de conditions de travail particulièrement avantageuses allant au-delà des compensations légales prévues pour le travail du dimanche (let. d). Une convention collective de travail est le moyen idéal pour régler lesdites conditions* ». Cela signifie que la nécessité de renforcer la protection des travailleurs en cas d'ouverture prolongée des magasins est également reconnue au niveau fédéral.

C. La fin justifie-t-elle les moyens ?

En conclusion, en ce qui concerne la situation au Tessin nous observons que le Tribunal fédéral, bien qu'ayant jugé inconstitutionnel l'article 23 LAN/TI et par conséquent nié sa validité, **a décidé de ne pas étendre cette annulation à la loi dans son ensemble**. La loi, ainsi que la CCT, restent donc en vigueur, à la satisfaction de l'exécutif cantonal (cf. interview de Christian Vitta, membre du Conseil d'Etat, article « *Ecco perché il TF non ha annullato la legge negozi* », 26.1.2022, La Regione).

Reste à voir ce qui se passera en 2023, lorsque la CCT devra être renouvelée, sachant que l'art. 23 n'aura alors plus d'effet. La LAN/TI a eu quoi qu'il en soit le mérite d'inciter les partenaires sociaux à négocier une CCT constituant une norme de référence pour le futur.

Après tout, toute violation du droit constitutionnel ne porte pas forcément préjudice aux personnes concernées ; en se référant à Machiavel, la fin justifie-t-elle, parfois les moyens ?