

Date de dépôt : 22 juin 2012

Rapport du Conseil d'Etat

au Grand Conseil sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 151 : Pour un renforcement du contrôle des entreprises. Contre la sous-enchère salariale

Mesdames et
Messieurs les députés,

- | | |
|---|-------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 30 mars 2012 |
| 2. Dépôt du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 30 juin 2012 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 30 décembre 2012 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 30 septembre 2013 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 30 septembre 2014 |

PLAN DU RAPPORT

A.	VALIDITE DE L'INITIATIVE.....	3
1.	Recevabilité formelle.....	3
1.1	Unité de la matière.....	3
1.2	Unité de la forme.....	6
1.3	Unité du genre.....	6
1.4	Clarté.....	7
2.	Recevabilité matérielle.....	8
2.1	Conformité au droit supérieur.....	8
2.1.1	Principes.....	8
2.1.2	Conformité au droit fédéral : répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.....	10
2.1.2.1	La disposition constitutionnelle.....	10
2.1.2.2	La loi fédérale sur le travail (LTr).....	12
2.1.2.3	La loi fédérale sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux.....	13
2.1.2.4	La loi sur le travail au noir.....	16
2.1.2.5	Application à l'IN 151.....	17
	En matière de travail au noir (39A, 39C, 39F LIRT).....	17
	En matière de travailleurs détachés (35, 36, 37, 38 LIRT).....	18
	En matière de loi sur le travail.....	18
2.1.2.6	Conclusion intermédiaire.....	19
2.1.3	Conformité au droit fédéral : délégation d'une tâche publique ?.....	19
2.1.4	Conformité au droit fédéral : les droits fondamentaux.....	23
2.1.4.1	Les articles 27, 36 et 94 Cst. féd.....	24
2.1.4.2	Application à l'IN 151.....	25
2.1.5	Conformité au droit fédéral : les buts sociaux.....	27
2.1.6	Conformité au droit constitutionnel cantonal.....	28
2.1.7	Lien avec les autres normes du droit cantonal.....	28
2.1.8	Conclusion intermédiaire.....	29
2.2	Exécutabilité.....	29
3.	Conséquences des violations constatées.....	29
4.	Conclusions sur la recevabilité.....	31
B.	PRISE EN CONSIDERATION DE L'INITIATIVE.....	32
1.	Contenu de l'initiative et arguments des initiants.....	32
2.	Position du Conseil d'Etat.....	32
C.	CONCLUSIONS.....	37

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de l'initiative populaire 151 « Pour un renforcement du contrôle des entreprises. Contre la sous-enchère salariale » (ci-après : IN 151) par un arrêté du 28 mars 2012, publié dans la Feuille d'avis officielle du 30 mars 2012. De cette date courent une série de délais successifs qui définissent les étapes de la procédure en vue d'assurer le bon exercice des droits populaires.

Le premier de ces délais a trait au dépôt du présent rapport au Grand Conseil en vue de son traitement par la commission législative, dépôt qui doit intervenir dans un délai de 3 mois suivant la publication de la constatation de l'aboutissement de l'initiative, conformément à l'article 119, alinéa 2, de la loi portant règlement du Grand Conseil¹, du 13 septembre 1985 (B 1 01).

En l'espèce, ce délai parviendra à échéance le 30 juin 2012.

A. VALIDITE DE L'INITIATIVE

1. Recevabilité formelle

1.1 Unité de la matière

L'exigence d'unité de la matière relève du droit fédéral²; elle découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté, au sens de l'article 34, alinéa 2, de la Constitution fédérale³. Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions qui lui sont soumises⁴. Il convient de noter que cette

¹ Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (LRGC; B 1 01).

² Arrêt TF 1C_22/2010 du 6 octobre 2010, consid. 2.2; arrêt TF 1P.223/2006 du 12 septembre 2006, consid. 2.

³ Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.; RS 101).

⁴ Arrêt TF 1C_283/2010 du 9 décembre 2010, consid. 3.2; arrêt TF 1C_103/2010 du 26 août 2010, consid. 3.1; arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1 (au sujet de l'IN 140); ATF 131 I 126 consid. 5.2; 130 I 185; 129 I 366 consid. 2, très complet au sujet des règles régissant l'unité de la matière.

dernière formulation n'est pas entièrement satisfaisante, dès lors qu'elle est susceptible de condamner toute initiative munie de plus d'une proposition. Il apparaît dès lors plus exact de se référer, même si elles sont plus abstraites, aux notions d'unité de but et de rapport intrinsèque étroit entre les parties de l'initiative.

En effet, selon la jurisprudence, il doit exister entre les diverses parties d'une initiative soumise au peuple un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote⁵. Ce principe est rappelé à l'article 66, alinéa 2, de la constitution genevoise⁶.

Dans son arrêt du 9 mars 2009 relatif à l'IN 140 (« Stop aux loyers abusifs et à la pénurie de logements : 10 mesures urgentes »), le Tribunal fédéral a examiné de manière particulièrement attentive l'exigence d'unité de la matière. Il a notamment indiqué que « *la notion de "rapport intrinsèque" est commune aux droits constitutionnels genevois et fédéral, et doit s'interpréter de la même manière : le principe d'unité de la matière est inhérent à la notion même d'initiative, celle-ci devant poser une question claire aux citoyens au moment du vote. Le critère déterminant est donc de savoir si, telle qu'elle est proposée, l'initiative permet aux citoyens d'exprimer librement leur véritable volonté.* »⁷

L'unité de la matière est cependant une notion relative, et elle doit faire l'objet d'un examen différencié selon le type de projet. Dans son arrêt relatif à l'IN 140, le Tribunal fédéral a rappelé, certes brièvement, sa jurisprudence à ce sujet : « *Une initiative se présentant comme un ensemble de propositions diverses, certes toutes orientées vers un même but, mais recouvrant des domaines aussi divers qu'une politique économique, une réforme fiscale, le développement de la formation, la réduction du temps de travail, la réinsertion des sans-emploi, etc., viole la règle de l'unité de la matière [références]. En revanche, une initiative populaire peut mettre en œuvre des moyens variés, pour autant que ceux-ci sont rattachés sans artifice à l'idée centrale défendue par les initiants [référence]. L'unité de la matière fait ainsi défaut lorsque l'initiative présente en réalité un programme politique général [référence], lorsqu'il n'y a pas de rapport suffisamment étroit entre les*

⁵ Arrêt TF 1P.223/2006 du 12 septembre 2006, consid. 2; ATF 130 I 185 consid. 3 et 129 I 381 consid. 2.1, avec références.

⁶ Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (Cst-GE; RS/GE A 2 00).

⁷ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1.

différentes propositions, ou encore lorsque celles-ci sont réunies de manière artificielle ou subjective [référence] »⁸.

Par ailleurs, s'agissant des initiatives, notamment genevoises, qui ont été examinées sous l'angle de l'unité de la matière, le Tribunal fédéral a par exemple traité de :

- l'initiative populaire IN 136 « *Touche pas à mon hôpital et aux services publics* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)⁹;
- l'initiative populaire IN 120 « *Pour la sauvegarde et le renforcement des droits des locataires et des habitant-e-s de quartiers* » (unité de la matière non respectée, initiative partiellement invalidée)¹⁰;
- l'initiative populaire IN 119 « *Pour une caisse d'assurance maladie publique à but social et la défense du service public* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)¹¹;
- l'initiative populaire IN 109 « *Genève, République de paix* » (unité de la matière respectée)¹²;
- l'initiative populaire IN 105 « *Pour l'emploi, contre l'exclusion* » (unité de la matière non respectée, initiative invalidée)¹³.

De plus, les exigences sont plus strictes pour un projet rédigé et pour une révision constitutionnelle que, respectivement, pour un projet sous forme de vœu et pour une révision législative¹⁴.

En l'espèce, l'IN 151 est un texte relativement long modifiant une seule loi : la loi sur l'inspection et les relations du travail¹⁵.

Les modifications principales de l'IN 151 se trouvent au début du texte :

- l'article 2, alinéa 5 nLIRT prévoit une dotation minimale en personnel de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT);
- l'article 2A nLIRT crée une inspection des entreprises.

⁸ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.3.

⁹ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 2.

¹⁰ ATF 130 I 185 consid. 3-5.

¹¹ ATF 129 I 381 consid. 2.

¹² ATF 125 I 227, 230-231 consid. 3.

¹³ ATF 123 I 63.

¹⁴ Arrêt TF 1C_289/2008 du 9 mars 2009, consid. 2.1 (au sujet de l'IN 140); arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 2.1.

¹⁵ Loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004 (LIRT; J I 05).

Pour le reste, l'essentiel des modifications de l'initiative vise à compléter la LIRT pour y ajouter « inspection des entreprises ». Les nombreux articles modifiés dans ce domaine sont donc la conséquence du nouvel article 2A nLIRT.

Il faut considérer que les deux modifications principales apportées par l'initiative à la LIRT ont le même but, à savoir renforcer le contrôle des entreprises, d'une part avec une augmentation des effectifs de l'OCIRT et d'autre part avec la création d'une inspection des entreprises.

Les deux modifications de la LIRT ont donc un lien intrinsèque entre elles.

L'IN 151 respecte par conséquent l'unité de la matière.

1.2 Unité de la forme

En vertu de l'article 66, alinéa 1, Cst-GE, le Grand Conseil déclare nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la forme.

Les initiants doivent ainsi choisir la voie de l'initiative non formulée (article 65 Cst-GE) ou de l'initiative rédigée de toutes pièces (articles 65A et 65B Cst-GE), mais ne peuvent mélanger ces deux types d'initiatives¹⁶.

En l'espèce, l'IN 151 se présente comme un texte modifiant une seule loi, la LIRT. Il s'agit ainsi d'une initiative rédigée de toutes pièces.

Par conséquent, l'IN 151 respecte l'unité de la forme.

1.3 Unité du genre

Le principe de l'unité du genre, ou unité de rang, est posé par l'article 66, alinéa 1, Cst-GE, et veut que l'initiative soit de rang législatif (article 65B Cst-GE) ou constitutionnel (article 65A Cst-GE), mais ne mélange pas ces deux échelons normatifs.

Selon le Tribunal fédéral, cette règle découle du principe de la liberté de vote : le citoyen doit en effet savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative, et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions¹⁷.

En l'espèce, l'IN 151 modifie la LIRT. L'initiative ne modifie pas la Constitution. Il n'y a donc pas de mélange des niveaux normatifs.

¹⁶ Voir à ce sujet l'arrêt TF 1P.531/2006 du 8 novembre 2006, en particulier le consid. 4.

¹⁷ ATF 130 I 185 consid. 2.1, avec références.

Par conséquent, il faut en conclure que l'IN 151 respecte l'unité de genre.

1.4 Clarté

L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire ne fait pas partie des conditions de validité des initiatives traditionnellement étudiées¹⁸.

Il s'agit néanmoins, d'une part, d'un postulat qui découle naturellement de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2, Cst. féd. et définie par le Tribunal fédéral, à l'instar de la clarté de la formulation des questions posées à l'électeur : celui-ci doit pouvoir inférer quelles seront les conséquences pratiques de son vote, ce qui n'est pas possible si le texte d'une initiative est équivoque, ou par trop imprécis.

Cette exigence de clarté a fait, d'autre part, l'objet de développements importants dans des arrêts du Tribunal fédéral concernant la recevabilité des initiatives. Dans l'arrêt du 4 septembre 2007 concernant l'IN 136, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que « [...] l'initiative pêche aussi par son imprécision. L'exigence de précision normative, également applicable lorsqu'il s'agit de définir l'étendue des droits politiques, impose en effet que l'on puisse autant que possible savoir si l'intervention du parlement, puis du peuple, est nécessaire pour l'adoption d'un acte déterminé », concluant après une analyse des différentes dispositions que « le texte de l'IN 136 n'est donc pas suffisamment clair pour permettre aux citoyens de se prononcer en connaissance de cause, comme l'exige l'art. 34 al. 2 Cst. » et pouvait être invalidé aussi pour ce motif¹⁹. L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires semble également émerger au sein de la doctrine²⁰.

La doctrine considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites « quant à la forme, mais aussi et surtout quant au contenu »²¹. Elle mentionne la cohérence formelle et la cohérence matérielle du texte.

¹⁸ Bien qu'il existe un précédent ancien d'invalidation d'une initiative par le Tribunal fédéral pour ce motif, arrêt TF in : ZBl. 1951 22; voir aussi le raisonnement du Tribunal fédéral – mais dans le cadre de l'examen de l'unité de la matière – dans l'ATF 123 I 63 consid. 6c, dans lequel il est dit en outre que « l'exigence de clarté a une importance particulière dans le système du droit genevois, le Grand Conseil devant traiter rapidement les initiatives populaires ».

¹⁹ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.3; voir aussi l'ATF 133 I 110 consid. 8.

²⁰ Voir Bénédicte Tornay, *La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Zurich 2008, p. 115-116.

²¹ Tornay (2008), p. 117.

En l'espèce, malgré sa longueur, l'IN 151 est d'une rédaction compréhensible.

Les questions relatives à la délimitation de compétences entre l'OCIRT et l'inspection des entreprises pourront s'analyser soit dans le chapitre relatif à l'exécutabilité, soit encore dans la partie « prise en considération » du présent rapport.

De même, les dispositions concrétisant ce qui existe déjà dans la législation ne sont pas contraires au principe de la clarté : même s'il n'est pas conforme à l'orthodoxie légistique de répéter à plusieurs endroits les mêmes règles, cela ne les rend pas contraires au droit fédéral. Tel est par exemple le cas de l'article 4, alinéa 6 P-LIRT, lequel reprend explicitement le texte de l'article 60 LPA²² et implicitement l'article 58 LTr²³.

L'IN 151 ne comporte donc pas de problème de clarté.

2. Recevabilité matérielle

2.1 Conformité au droit supérieur

2.1.1 Principes

A teneur de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle.

Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques tels que dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit international, fédéral ou intercantonal²⁴.

²² Loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10).

²³ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), du 13 mars 1964 (LTr; 822.11), dont l'article 58 a la teneur suivante : « *Les associations des employeurs et des travailleurs intéressés ont également qualité pour recourir contre les décisions des autorités cantonales et fédérales* ».

²⁴ Pour des cas d'application, voir les arrêts TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010 (IN 142 « Pour le droit à un salaire minimum »); 1P.387/2006 du 19 septembre 2007 (IN 128 « 15 000 logements pour Genève »); 1P.451/2006 du 28 février 2007 (IN 132 « Pour la réalisation du projet RHINO en Ville de Genève »); 130 I 134 (initiative cantonale appenzelloise « Pour 12 dimanches sans voitures ») et

Cette règle découle notamment du principe de la primauté du droit fédéral prévue à l'article 49 Cst. féd., ainsi que du principe de la hiérarchie des normes.

Toujours selon la jurisprudence, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité, conformément à l'adage *in dubio pro populo*²⁵.

De manière plus générale, pour juger de la validité matérielle d'une initiative, il convient d'interpréter son texte sur la base des principes d'interprétation reconnus. On doit se fonder au premier chef sur la teneur littérale de l'initiative, sans toutefois écarter complètement la volonté subjective des initiants. Une motivation éventuelle de la demande d'initiative ainsi que des déclarations des initiants peuvent en effet être prises en considération. Parmi les diverses méthodes d'interprétation, on doit privilégier celle qui, d'une part, correspond le mieux au sens et au but de l'initiative et conduit à un résultat raisonnable et, d'autre part, apparaît, dans le cadre de l'interprétation conforme, la plus compatible avec le droit supérieur fédéral et cantonal²⁶.

Enfin, conformément au texte de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, ce n'est que lorsque la non-conformité avec le droit supérieur est manifeste que le Grand Conseil est tenu de déclarer une initiative invalide²⁷. Dans le cas de l'IN 142 (« Pour le droit à un salaire minimum »), le Tribunal fédéral a rappelé les travaux préparatoires à l'origine de l'article 66, alinéa 3, Cst-GE. Le texte constitutionnel genevois faisait suite à un avis de droit du Professeur Andreas Auer²⁸. Le Tribunal fédéral a considéré que « *ce n'est que dans*

IP.383/2004 du 23 décembre 2004 (initiative cantonale vaudoise « Pour une caisse vaudoise d'assurance maladie de base »).

²⁵ Arrêt TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.2; IP.541/2006 du 28 mars 2007, consid. 2.5; IP.451/2006 du 28 février 2007, consid. 2.1; IP.129/2006 du 18 octobre 2006, consid. 3.1; ATF 128 I 190 consid. 4; 125 I 227 consid. 4a.

²⁶ ATF 129 I 392 consid. 2.2 (traduction libre).

²⁷ ATF 132 I 282 consid. 1.3; arrêt TF IP.387/2006 du 19 septembre 2007, consid. 2.4; IP.541/2006 du 28 mars 2007, consid. 2.4; IP.451/2006 du 28 février 2007, consid. 2.2 *in fine*.

²⁸ Andreas Auer, *Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève*, Lausanne 1987, en particulier p. 40 et p. 49.

l'hypothèse où l'inconstitutionnalité "saute aux yeux et ne peut raisonnablement être niée" que le Grand Conseil est tenu de [...] déclarer [l'initiative populaire] invalide »²⁹.

En l'espèce, l'IN 151 touche des questions de surveillance des entreprises.

2.1.2 Conformité au droit fédéral : répartition des compétences entre la Confédération et les cantons

Conformément à l'article 3 Cst. féd., les cantons « *exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». L'article 42, alinéa 1, Cst. féd. complète le principe de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en indiquant que « *la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution* ». L'article 43 Cst. féd., selon lequel « *les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences* », n'apporte rien de plus aux articles précités³⁰.

Les règles en matière de travail se trouvent principalement à l'article 110 Cst. féd., qui a été concrétisé par des lois fédérales.

2.1.2.1 La disposition constitutionnelle

L'article 110 Cst. féd., intitulé « *Travail* », faisant partie de la section 8 « *Logement, travail, sécurité sociale et santé* » du chapitre 2 « *Compétences* » du titre 3 « *Confédération, cantons et communes* », a la teneur suivante :

²⁹ Arrêt TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010, consid.2.3. Cet arrêt a été critiqué en doctrine, notamment au motif que la portée donnée par le Tribunal fédéral à l'expression « *manifestement non conforme au droit* » était en contradiction avec l'esprit de l'article 68, alinéa 3 Cst-GE et la pratique antérieure du Grand Conseil et du Tribunal fédéral. Cette interprétation irait au-delà du rappel du principe « *in dubio pro populo* » (Stéphane Grodecki, *L'invalidation des initiatives populaires en droit genevois – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2010 dans la cause 1C_357/2009*, RDAF 2010 I p. 252-262, en particulier p. 260-262).

³⁰ Rainer J. Schweizer, « Art. 43 », in : Bernhard Ehrenzeller / Philippe Mastronardi / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., St-Gall 2008 (ci-après : *Commentaire saint-gallois*), §6 ad art. 43 Cst.

Art. 110 Travail

¹ La Confédération peut légiférer:

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

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

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

L'article 110 Cst. féd. vise le domaine du travail. Il ne concerne cependant qu'une partie du droit du travail au sens large, qui repose sur le droit privé du contrat individuel du travail (fondé sur l'article 122 Cst. féd. et le Code des obligations³¹), le droit public de protection des travailleurs (fondé justement sur l'article 110 Cst. féd.) et le droit collectif du travail, régissant les relations entre les associations d'employeurs et les associations de travailleurs (fondé en partie sur l'article 110 Cst. féd. et en partie sur l'article 122 Cst. féd.). L'article 110 Cst. féd. représente pour l'essentiel le fondement constitutionnel du *droit public du travail* (alinéa 1), de même que la base constitutionnelle de la possibilité d'extension d'une convention collective de travail (alinéa 2)³².

A ce sujet, il convient peut-être d'ores et déjà d'indiquer que le droit collectif suisse du travail contient deux instruments : la convention collective de travail (ci-après : CCT) et le contrat-type de travail (ci-après : CTT).

C'est sur la base de l'article 110, alinéa 1, lettre a, Cst. féd., qui prévoit que la Confédération peut légiférer « sur la protection des travailleurs » – qui est une compétence particulièrement large³³ – que l'Assemblée fédérale a

³¹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

³² Jean-François Aubert / Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999*, Zurich 2003, §9 ad art. 110 Cst.

³³ Thomas Gächter (Commentaire St-Gallois 2008), §18 ad art. 110 Cst.

adopté la loi fédérale sur le travail^{34,35}, puis les mesures d'accompagnement³⁶ à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne³⁷.

Seront présentés ci-dessous : la loi fédérale sur le travail (b), la loi fédérale sur les travailleurs détachés et les modifications qu'elle inclut (c), la loi sur le travail au noir (d).

2.1.2.2 La loi fédérale sur le travail (LTr)

La loi fédérale sur le travail est le principal texte du droit *public* du travail³⁸. Elle se rapporte pour l'essentiel à la protection de la santé des travailleurs (articles 6ss LTr) et à la durée du travail (y compris le repos et les vacances) (articles 9ss LTr).

L'article 41, alinéa 1 LTr prévoit que, sous réserve des compétences de la Confédération (art. 42 LTr), l'exécution de la loi et des ordonnances incombe aux cantons, qui désignent « *les autorités chargées de l'exécution, ainsi qu'une autorité de recours* ». L'article 79 OLT 1³⁹ contient quelques précisions : il est prévu que « *les cantons s'assurent que : [...] d. les conditions d'engagement de ces personnes confèrent à leur activité la stabilité requise et garantissent leur indépendance* » (art. 79, al. 2, lettre d, OLT1). Dans son commentaire relatif à l'article 79, alinéa 2, OLT 1, le seco explique que « *les cantons ont l'obligation d'engager un personnel formé de*

³⁴ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), du 13 mars 1964 (LTr ; RS 822.11).

³⁵ ATF 133 I 110, 117 consid. 4.3.

³⁶ A ce sujet, voir notamment Wolfgang Portmann, *Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit*, in : Daniel Thürer / Rolf H. Weber / Wolfgang Portmann / Andreas Kellerhals (éd.), *Bilaterale Verträge I & II, Schweiz - EU*, Zurich 2007, p. 327-403; Alexia Heine, *Die flankierenden Massnahmen im Spannungsverhältnis zwischen Vollzug des Entsendegesetzes und der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht*, PJA 2006 p. 471; Daniel Veuve, *Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in : Christine Kaddous / Monique Jametti Greiner (éd.), *Accords bilatéraux II Suisse - UE et autres Accords récents*, Bâle 2006, p. 849-867.

³⁷ Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002 (FF 1999 6319; RS 0.142.112.681; RO 2002 p. 1529; ALCP).

³⁸ Pour une liste des autres sources, voir Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich 2003, p. 424, §2948ss.

³⁹ Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (OLT 1; RS 822.111).

manière adéquate et en nombre suffisant pour remplir les tâches découlant de la LTr»⁴⁰.

Il est expressément prévu que la Confédération peut donner des instructions aux autorités cantonales d'exécution (art. 42, al. 1 *in fine*, LTr).

L'article 71 LTr règle la relation entre la LTr et les autres dispositions de droit public⁴¹. Selon Pascal Mahon et Anne Benoît, la LTr ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale⁴², étant précisé qu'il n'y a plus de place pour des dispositions cantonales visant la protection des travailleurs⁴³.

Enfin, l'article 73, alinéa 1, lettre a, LTr prévoit que les « *prescriptions cantonales se rapportant aux domaines [...]* » régis par la LTr sont abrogées dès l'entrée en vigueur de cette dernière.

2.1.2.3 La loi fédérale sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement aux accords bilatéraux (LDét)

Le 8 octobre 1999, lors des débats relatifs aux accords bilatéraux I, à titre de mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les travailleurs détachés⁴⁴, loi qui incluait des modifications légales du Code des obligations (notamment articles 360a et 360b CO) et de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail⁴⁵

⁴⁰ Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, novembre 2006, ad art. 79, al. 2 OLT 1, disponible sur internet : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=fr> (consulté le 18 mai 2012).

⁴¹ Pascal Mahon / Anne Benoît, *Art. 71*, in : Thomas Geiser / Adrian von Kaenel / Rémy Wyler (éd.), *Commentaire Staempfli CS – Loi sur le travail – Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce*, Berne 2005, p. 691, §3 ad art. 71 LTr.

⁴² Pascal Mahon / Anne Benoît (Commentaire LTr 2005), p. 700, §16 ad art. 71 LTr.

⁴³ Pascal Mahon / Anne Benoît (Commentaire LTr 2005), p. 702, §21 ad art. 71 LTr. Voir aussi : Hans-Peter Tschudi / Thomas Geiser / Rémy Wyler / Jean-Jacques Lüthi (Commentaire LTr 2005), p. 18, §60 ad Introduction.

⁴⁴ Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés), du 8 octobre 1999 (RS 823.20; RO 2003 1370). Pour le message du Conseil fédéral, du 23 juin 1999, à ce sujet, voir FF 1999 5440, en particulier p. 5498.

⁴⁵ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 (LECCT; RS 221.215.311).

(notamment article 1a LECCT); la loi sur les travailleurs détachés se fonde expressément sur l'article 110, alinéa 1, lettres a et b, Cst. féd.

i) Comme son intitulé complet et l'article 1, alinéa 1, LDét l'indiquent, la loi sur les travailleurs détachés 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.

L'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés prévoit que les employeurs doivent garantir aux travailleurs (étrangers) détachés en Suisse au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrat-types de travail au sens de l'article 360a CO dans plusieurs domaines : la rémunération minimale, la durée du travail et du repos, la durée minimale des vacances, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes, la non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes.

Le contrôle du respect des conditions fixées dans la loi incombe à divers organes, désignés selon le domaine (art. 7, al. 1, LDét) :

- pour les dispositions prévues par une convention collective de travail étendue : aux organes paritaires chargés de l'application de la convention (lettre a);
- pour les dispositions relatives aux salaires minimaux au sens de l'art. 360a CO prévues par un contrat-type de travail : aux commissions tripartites instituées par les cantons ou la Confédération (art. 360b CO) (lettre b);
- pour les dispositions prévues par des actes législatifs fédéraux : aux autorités compétentes en vertu de ces actes (lettre c);
- pour les autres dispositions : aux autorités désignées par les cantons (lettre d).

L'article 7a LDét prévoit aussi que les cantons doivent disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs pour l'exécution des tâches de contrôle. Dans son message, le Conseil fédéral a expliqué que, dans la mesure du possible, il était prévu de confier les tâches de contrôle aux partenaires sociaux. Dans les domaines qui ne sont pas de la compétence de ces derniers, le contrôle est confié aux organes institués par les lois spéciales, notamment les inspections

cantonaux du travail et les autorités d'exécution de la loi instituées par les cantons⁴⁶.

Lors des débats parlementaires, il n'y a pas eu d'intervention particulière au sujet de l'article 7 LDét⁴⁷.

ii) La LDét a simultanément modifié le Code des obligations, notamment en introduisant un article 360b CO, intitulé « Commissions tripartites ». Il a, actuellement, la teneur suivante :

Art. 360b Commissions tripartites

¹ La Confédération et chaque canton instituent une commission tripartite composée en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'Etat.

² Les associations d'employeurs et de travailleurs peuvent proposer des représentants dans les commissions prévues à l'al. 1.

³ Les commissions observent le marché du travail. Si elles constatent des abus au sens de l'art. 360a, al. 1, elles tentent en règle générale de trouver un accord avec les employeurs concernés. Si elles n'y parviennent pas dans un délai de deux mois, elles proposent à l'autorité compétente d'édicter pour les branches ou professions concernées un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux.

⁴ Si l'évolution de la situation dans les branches concernées le justifie, la commission tripartite propose à l'autorité compétente la modification ou l'abrogation du contrat-type de travail.

⁵ Afin qu'elles soient en mesure de remplir leurs tâches, les commissions tripartites ont, dans les entreprises, le droit d'obtenir des renseignements et de consulter tout document nécessaire à l'exécution de l'enquête. En cas de litige, une autorité désignée à cet effet par la Confédération ou par le canton tranche.

⁶ Lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leurs enquêtes, les commissions tripartites qui en font la demande peuvent obtenir de l'Office fédéral de la statistique les données individuelles contenues dans des conventions collectives de travail d'entreprises.

L'article 360b, alinéa 1, CO initialement proposé par le Conseil fédéral⁴⁸ a été précisé par le Conseil des Etats⁴⁹, ce que le Conseil national a approuvé⁵⁰. Il n'y a cependant pas de changement fondamental.

⁴⁶ FF 1999 5706-5707.

⁴⁷ BOCE 1999 667 ; BOCN 1999 1607.

⁴⁸ FF 1999 5709-5710 (message), 5784 (texte).

⁴⁹ BOCE 1999 678-679.

iii) L'article 1a LECCT a également été introduit par la loi sur les travailleurs détachés, du 8 octobre 1999. Il a la teneur suivante : « *Si la commission tripartite, au sens de l'art. 360b du code des obligations, constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension des dispositions de la convention applicable à cette branche portant sur la rémunération minimale et sur la durée du travail lui correspondant ainsi que l'extension des dispositions relatives aux contrôles paritaires.* » Il vise à permettre l'extension des dispositions d'une CCT relatives à la rémunération en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée.

iv) Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes ont donc notamment conduit, sur le plan procédural, à l'institution de commissions tripartites composées en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'Etat.

Il convient toutefois de rappeler que, pour notre canton, la commission tripartite n'était pas une nouveauté. Sous l'appellation de Conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME), et précédemment de Commission de surveillance du marché de l'emploi, une telle institution était connue à Genève depuis 1955. L'entrée en vigueur des mesures d'accompagnement a simplement eu pour effet de conférer quelques compétences complémentaires à cette entité.

2.1.2.4 La loi sur le travail au noir

Se fondant sur l'article 110, alinéa 1, lettres a, b et d, Cst., l'Assemblée fédérale a adopté le 17 juin 2005 la loi sur le travail au noir⁵¹. Cette loi vise à lutter contre le travail au noir en instituant des simplifications administratives et des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1 LTN).

S'agissant des organes de contrôles cantonaux, il est prévu que les cantons désignent, dans le cadre de leur législation, l'organe de contrôle cantonal compétent sur leur territoire et établissent son cahier des charges (art. 4, al. 1, LTN). Le Conseil fédéral détermine les exigences minimales (art. 4, al. 2, LTN).

⁵⁰ BOCN 1999 1620-1621, 1623.

⁵¹ Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir), du 17 juin 2005 (LTN; RS 822.41).

Dans son ordonnance du 6 septembre 2006⁵², entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, le Conseil fédéral a notamment fixé les modalités y relatives. L'article 2 OTN a la teneur suivante :

Art. 2 Organe de contrôle cantonal (art. 4 LTN)

¹ Les cantons dotent l'organe de contrôle visé à l'art. 4 LTN des ressources nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.

² Ils veillent à ce que les personnes chargées des contrôles disposent des connaissances et des compétences nécessaires en matière de contrôle du marché du travail.

³ L'organe de contrôle cantonal coordonne son activité avec celle d'autres institutions de contrôle, celle de la commission tripartite prévue à l'art. 360b du code des obligations (CO) et celle des organes paritaires institués par des conventions collectives de travail.

⁴ Les cantons peuvent prévoir que l'organe de contrôle soit chargé de l'exécution tant de la LTN que de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés.

⁵ Les cantons remettent aux personnes chargées des contrôles une attestation justifiant de leur qualité officielle.

2.1.2.5 Application à l'IN 151

L'initiative populaire 151 confie de nombreuses compétences à l'inspection des entreprises créée par le nouvel article 2A P-LIRT.

En matière de travail au noir (39A, 39C, 39F LIRT)

Lorsque les compétences visées découlent de la LTN, cela ne pose – s'agissant du strict rapport entre le droit cantonal et la loi fédérale visée – pas de problème de conformité au droit fédéral. En effet, l'article 4 LTN prévoit que les cantons désignent « l'organe de contrôle cantonal compétent ». De ce point de vue, la création au niveau genevois d'une « inspection des entreprises » paraît ne pas être manifestement contraire au droit fédéral.

Les modifications apportées aux articles 39A, alinéa 3, 39C, alinéa 2, et 39F, alinéa 2, LIRT sont donc compatibles avec le droit fédéral.

⁵² Ordonnance concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (ordonnance sur le travail au noir), du 6 septembre 2006 (OTN; RS 822.411).

En matière de travailleurs détachés (35, 36, 37, 38 LIRT)

En revanche, les compétences en matière de travailleurs détachés (LDét et art. 360a et 360b CO) sont plus discutables. En effet, le droit fédéral prévoit expressément à ce sujet une compétence des commissions tripartites, comprenant des représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que des représentants de l'Etat (art. 360b, al. 1, CO). Or, l'inspection des entreprises n'est composée que de représentants des travailleurs (art. 2A, al. 1, P-LIRT).

L'exclusion des représentants des employeurs et des représentants de l'Etat pour la mise en œuvre des règles en matière de travailleurs détachés est donc problématique.

Le problème principal se trouve à l'article 37, alinéa 2, P-LIRT. En effet, l'initiative prévoit la délégation (cantonale) à l'inspection des entreprises de contrôle (constituée exclusivement de représentants de travailleurs) que le droit fédéral avait confié aux commissions tripartites. L'article 37, alinéa 2, P-LIRT est ainsi contraire à l'article 7, alinéa 1, lettre b, LDét et aux articles 360a et 360b CO.

L'article 37, alinéa 2, P-LIRT est donc contraire au droit supérieur.

Les articles 36, alinéa 3, et 38, alinéa 1, ne sont que les conséquences, sur le plan de l'information, de l'article 37, alinéa 2. Ils aboutissent ainsi également au contournement des règles fédérales en confiant des informations à un organe qui n'est pas compétent, de par le droit fédéral, pour la mise en œuvre du droit des travailleurs détachés. Ils sont donc aussi contraires au droit supérieur.

L'article 35, alinéa 2, P-LIRT prévoit que l'OCIRT donne des instructions à l'inspection des entreprises. Cette disposition n'a cependant de sens que si l'inspection des entreprises dispose de compétences de surveillance. Or, tel n'est pas le cas sur la base de ce qui a été écrit précédemment. Par conséquent, l'article 35, alinéa 2, P-LIRT est aussi contraire au droit fédéral.

En matière de loi sur le travail

L'article 41, alinéa 1, LTr prévoit que les cantons désignent les « autorités » chargées de l'exécution de la loi (« *Vollzugsbehörden* », « *autorità di esecuzione* »).

Actuellement, c'est l'OCIRT qui est chargée de l'exécution de la LTr (voir notamment art. 2, art. 3, art. 4, al. 1, art. 4, al. 2, art. 7, al. 1, art. 9, al. 1, LIRT).

L'IN 151 prévoit de donner de nombreuses compétences à l'inspection des entreprises. On peut se demander si cette inspection des entreprises est une « autorité » au sens du droit fédéral. L'article 2A P-LIRT ne le prévoit pas.

L'article 1, alinéa 2, PA⁵³ ne définit que les autorités *fédérales* et ne mentionne pas les autorités cantonales exécutant du droit fédéral. Il convient donc d'examiner la LPA genevoise : les autorités administratives sont énumérées à l'article 5 LPA.

L'inspection des entreprises n'est assurément pas un service de l'administration cantonale, au sens de l'article 5, lettre d, LPA. En revanche, elle pourrait peut-être, vu l'article 44, alinéa 3, P-LIRT, être considérée comme un « organisme [...] investi [...] du pouvoir de décision par le droit [...] cantonal ». selon l'article 5, lettre g, LPA.

De ce point de vue, l'inspection des entreprises ne serait probablement pas manifestement contraire à l'article 41, alinéa 1, LTr. Sa création en tant que telle fera cependant encore l'objet d'un examen plus détaillé sous un autre angle.

De plus, il a déjà été expliqué que la Confédération peut donner des instructions aux autorités cantonales d'exécution de la loi sur le travail (art. 42, al. 1, LTr). Ainsi, l'article 2A, alinéa 2, P-LIRT prévoyant que l'inspection des entreprises est « autonome dans son fonctionnement et peut agir de son propre chef » se heurte à l'article 42, alinéa 1, LTr.

2.1.2.6 Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qui précède, les modifications proposées à l'article 35, alinéa 2, à l'article 36, alinéa 3, à l'article 37, alinéa 2, et à l'article 38, alinéa 1, P-LIRT sont contraires au droit fédéral.

2.1.3 Conformité au droit fédéral : délégation d'une tâche publique ?

Selon l'article 178, alinéa 3, Cst., la loi (formelle⁵⁴) peut confier des tâches de l'administration à des organismes et des personnes de droit public

⁵³ Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

⁵⁴ Aubert / Mahon (2003), §13 ad art. 178 Cst; Häfelin / Müller / Uhlmann (2010), p. 345, §1536; Tschannen / Zimmerli / Müller (2009), p. 79, §11.1 et p. 80-81, §11.4. Voir aussi Tanquerel (2011), p. 33, §107.

ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. La constitution genevoise ne contient pas de règle générale en la matière.

La doctrine parle de privatisation des tâches (« *Aufgabenprivatisierung* ») lorsque l'Etat renonce à effectuer lui-même une tâche⁵⁵ et la confie à des privés. Cette privatisation nécessite une base légale formelle⁵⁶.

Les privés qui accomplissent des tâches confiées par la loi restent soumis aux principes de l'activité de l'Etat régi par le droit (art. 5 Cst.)⁵⁷ et aux droits fondamentaux (art. 35, al. 2, Cst)⁵⁸.

En l'espèce, la création de l'inspection des entreprises est prévue à l'article 2A P-LIRT. L'inspection est « *composée de représentants des travailleurs* »; le Conseil d'Etat en nomme les membres « *sur proposition de la Communauté genevoise d'action syndicale* » (art. 2A, al. 1, P-LIRT). L'inspection « *est autonome dans son fonctionnement et peut agir de son propre chef* » (art. 2A, al. 2, P-LIRT).

L'initiative n'indique pas quelle est la forme juridique de l'inspection des entreprises. Sans que l'exposé des motifs ne soit déterminant pour interpréter l'initiative, on y lit néanmoins que « *l'inspection des entreprises repose sur un système de milice inspiré du modèle des commissaires d'apprentissages* »⁵⁹.

L'inspection des entreprises ne semble donc pas être en tant que telle un service de l'administration centrale, mais plutôt une sorte de commission *ad hoc* comprenant des « inspecteurs » nommés par le Conseil d'Etat sur proposition de la CGAS. L'article 2A P-LIRT ne répartit pas les compétences entre le Conseil d'Etat et la CGAS, de sorte que la simple lecture du texte ne permet pas de déduire les compétences du Conseil d'Etat : ce dernier est-il tenu par les propositions formulées par la CGAS ? Peut-il refuser certaines nominations ? Peut-il nommer d'autres personnes ?

S'agissant des ressources financières de l'inspection, l'article 43, alinéa 2, P-LIRT prévoit qu'elles sont « *constituées de jetons de présence dont le*

⁵⁵ Häfelin / Müller / Uhlmann (2010), p. 345, §1536; Tschannen / Zimmerli / Müller (2009), p. 79, §11.1 et p. 80-81, §11.4. Voir aussi Tanquerel (2011), p. 33, §107.

⁵⁶ Tschannen / Zimmerli / Müller (2009), p. 83, §11.9. Voir déjà Pierre Moor, *Droit administratif, volume III : L'organisation des activités administratives – Les biens de l'Etat*, Berne 1992, p. 116, §3.1.4.2.

⁵⁷ Aubert / Mahon (2003), §13 ad art. 178 Cst.

⁵⁸ Tanquerel (2011), p. 34, §112; Tschannen / Zimmerli / Müller (2009), p. 84, §11.16; Aubert / Mahon (2003), §13 ad art. 178 Cst; ATF 136 I 158, 165-166 consid. 3.2; ATF 133 I 49, 55-56 consid. 3.2.

⁵⁹ Document « IN 151 », p. 9, 1^{er} paragraphe.

montant est fixé par le Conseil d'Etat ». En réalité, il faut plutôt interpréter cette règle comme suit : d'une part, les ressources de l'inspection des entreprises proviendraient de l'Etat et, d'autre part, les inspecteurs recevraient des jetons de présence.

La création d'une inspection des entreprises reviendrait à instaurer un organisme hybride, pas tout à fait privé et pas tout à fait public. En effet, l'inspection est « *autonome dans son fonctionnement et peut agir de son propre chef* » (art. 2A, al. 2, P-LIRT); elle reçoit également de nombreuses compétences de contrôle. Ainsi, il s'agit d'un organisme privé effectuant des tâches de contrôle d'intérêt public. De ce point de vue, il s'agit d'une sorte de privatisation du contrôle de l'application de la législation fédérale sur le travail.

La condition de la base légale formelle est évidemment remplie en proposant des modifications (nombreuses) de la LIRT.

La nouvelle entité doit cependant respecter les principes généraux de l'Etat de droit (art. 5 Cst.) et surtout les droits fondamentaux (art. 35, al. 2, Cst.).

Parmi les droits fondamentaux devant être respectés, on citera de manière non exhaustive :

- l'intérêt public et la proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.);
- l'action conforme aux règles de la bonne foi (art. 5, al. 3, et art. 9 Cst.);
- l'égalité (art. 8, al. 1, Cst);
- l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst);
- les garanties générales de procédure (art. 29, al. 1, Cst).

Selon l'article 29, alinéa 1, Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.

Selon la jurisprudence, « *L'art. 29 al. 1 Cst. [...] permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité; il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées*

objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une personne impliquée ne sont pas décisives »⁶⁰.

Le Tribunal fédéral a examiné (et refusé) en 2006 la récusation d'un juge de district intervenant dans un litige civil, où l'avocat de l'une des parties était simultanément membre de la Cour de cassation. Il a considéré que le fait que l'avocat de la partie adverse exerce une fonction judiciaire accessoire ne portait pas atteinte à l'égalité des armes entre les parties et ne pouvait conduire à la récusation du juge de district (considéré comme trop proche de ce collègue avocat et juge)⁶¹.

En 2012, le Tribunal fédéral a refusé la récusation d'un juge président une Chambre du Tribunal des baux et loyers, dont la récusation avait été demandée pour le seul motif que le juge avait travaillé précédemment comme avocat de l'ASLOCA⁶².

La situation de l'IN 151 est différente des deux arrêts précités.

En effet, l'IN 151 propose la création d'une inspection des entreprises constituée exclusivement de représentants des travailleurs. Cette inspection ne comprendrait aucun représentant des employeurs, ni aucun représentant de l'Etat.

De ce point de vue, toutes les interventions prévues par l'inspection des entreprises auprès des entités visées par la LIRT s'effectueraient dans une composition comprenant uniquement des représentants des travailleurs. Ainsi, quelle que soit la composition concrète de l'inspection des entreprises, il y aurait une apparence de partialité, respectivement un *a priori* défavorable à l'entreprise.

Bien que prévue par la loi, l'inspection des entreprises ne pourrait être considérée comme étatique et donc neutre. En effet, son mode de composition est inégal.

Le fait que l'OCIRT ait des compétences parallèles ne change rien à ce qui précède.

Par conséquent, la composition d'une inspection des entreprises comprenant uniquement des représentants des travailleurs désignés par la CGAS est contraire à l'article 29, alinéa 1, Cst. Ainsi, la privatisation du

⁶⁰ Arrêt TF 2C_794/2011 du 22 décembre 2011, consid. 3.2 et les références citées. Voir au sujet de l'article 30 Cst : ATF 138 I 1, 3 consid. 2.2; ATF 134 I 20, 21 consid. 4.2.

⁶¹ ATF 133 I 4, 5 consid. 5.

⁶² ATF 138 I 1, 4 consid. 2.3.

contrôle des entreprises ne respecte pas un droit fondamental et n'est donc pas conforme au droit.

Pour cette raison, les dispositions prévoyant la création de l'inspection des entreprises et des compétences de contrôle sont contraires au droit fédéral. Il s'agit des dispositions suivantes :

- article 2A P-LIRT (création de l'inspection des entreprises) et article 2, alinéas 6 et 7;
- article 3, alinéas 1, 2 et 3, P-LIRT (compétence en matière de protection de la santé et de sécurité au travail);
- article 4, alinéa 3bis, P-LIRT (intervention préalable en cas d'infraction);
- article 9, alinéa 1 (contrôle des heures de travail);
- article 19, alinéa 3bis (collaboration avec l'observatoire du marché du travail);
- article 26 (contrôle du respect des usages);
- article 27, alinéa 2, en partie : mention de l'inspection des entreprises;
- article 35, alinéa 2 (autorités compétentes en matière de travailleurs détachés);
- article 36, alinéa 3 (obligation d'annonce au sujet des travailleurs détachés);
- article 37, alinéa 2 (contrôle des travailleurs détachés);
- article 38, alinéa 1 (devoir de renseigner en matière de travailleurs détachés);
- article 39A, alinéa 3 (contrôle pour la lutte contre le travail au noir);
- article 39C, alinéa 2 (collaboration dans la lutte contre le travail au noir);
- article 39F, alinéa 2 (contrôle pour la lutte contre le travail au noir);
- article 43, alinéa 2 (jetons de présence pour les membres de l'inspection des entreprises);
- article 44, alinéa 3, 4 et 5 (mesures d'exécution forcée par l'inspection des entreprises).

2.1.4 Conformité au droit fédéral : les droits fondamentaux

Outre le respect de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, une initiative cantonale doit également respecter les droits fondamentaux.

2.1.4.1 Les articles 27, 36 et 94 Cst. féd.

L'article 27 Cst. féd. garantit la liberté économique, ce qui comprend – de manière non exhaustive – le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Selon la jurisprudence, « la liberté économique [...] protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu »⁶³.

Cela implique pour l'employeur le libre choix de ses collaborateurs, de son organisation et des moyens utilisés⁶⁴ : même si aucun auteur ne le dit expressément, cela implique aussi le droit de l'employeur et des travailleurs de négocier et de déterminer librement le salaire de ces derniers. La doctrine⁶⁵ et la jurisprudence⁶⁶ considèrent que la liberté économique inclut la liberté contractuelle à laquelle il a déjà été fait référence précédemment.

Toute personne physique ou morale peut se prévaloir de la liberté économique, sous réserve de certaines dispositions particulières du droit des étrangers⁶⁷ : alors que pendant longtemps le Tribunal fédéral avait réservé la titularité de la liberté économique aux seuls employeurs, les travailleurs en sont désormais aussi titulaires⁶⁸.

Les libertés ne sont pas absolues : il est possible de les restreindre, aux conditions fixées par l'article 36 Cst. féd. : exigence d'une base légale

⁶³ ATF 137 I 167, 172 consid. 3.1. Voir aussi ATF 135 I 130, 135 consid. 4.2.

⁶⁴ Klaus A. Vallender / Peter Hettich / Jens Lehne, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^e éd., Berne 2006, p. 132, §5.37. Voir aussi : Vallender (Commentaire St-Gallois 2008) §20 ad art. 27 Cst.; Jörg Paul Müller / Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne 2008, p. 1059-1060; Häfelin / Haller / Keller (2008), p. 189-190; Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, vol. II – Les droits fondamentaux*, 2^e éd., Berne 2006, p. 445, §946.

⁶⁵ Klaus A. Vallender (Commentaire St-Gallois 2008), §37 ad art. 27 Cst.; Häfelin / Haller / Keller (2008), p. 187, §630; Auer / Malinverni / Hottelier (2006), vol. II, p. 916.

⁶⁶ ATF 137 I 167, 179 consid. 5.2; ATF 136 I 197, 203 consid. 4.4; ATF 131 I 333, 339 consid. 4; ATF 130 I 26, 41 consid. 4.3.

⁶⁷ Parmi beaucoup : Auer / Malinverni / Hottelier (2006), vol. II, p. 436ss, §925ss; René Rhinow / Gerhard Schmid / Giovanni Biaggini / Felix Uhlmann, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Bâle 2010, p. 97-98, §67, 71, 72.

⁶⁸ ATF 84 I 21 consid. 2.

(alinéa 1), d'un intérêt public (alinéa 2) et respect de la proportionnalité (alinéa 3).

L'article 94 Cst. féd. garantit pour sa part le « *principe de la liberté économique* » (« *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* »), soit la composante institutionnelle de l'ordre économique en Suisse. Les dérogations au principe de la liberté économique ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (article 94, alinéa 4, Cst. féd.). La Constitution fédérale consacre ainsi un ordre économique fondé sur la libre concurrence⁶⁹.

Selon la jurisprudence, « *les dérogations à la liberté économique telles que l'instauration d'un monopole, sont admissibles pour autant que ces dérogations poursuivent un but de police ou de politique sociale, à l'exclusion des buts de politique économique.* »⁷⁰

La jurisprudence et la doctrine majoritaire interprètent de manière conjointe les articles 27, 36 et 94 Cst. féd., dans le sens où l'exigence du respect du principe de la liberté économique s'analyse dans le cadre de la condition de l'intérêt public permettant de restreindre la liberté économique en tant que droit fondamental (les motifs de police et de politique sociale étant admissibles, au contraire de ceux de politique économique)⁷¹.

L'article 95, alinéa 1, Cst. féd. permet à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

Selon la jurisprudence, « *invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu* »⁷².

2.1.4.2 Application à l'IN 151

Dans le cas d'espèce, l'initiative populaire 151 vise à ce que l'Etat lutte contre la sous-enchère salariale en renforçant les contrôles dans les entreprises.

⁶⁹ ATF 132 I 282, 287 consid. 3.2; Auer / Malinverni / Hottelier (2006), vol. II, p. 425-426; Vallender / Hettich / Lehne (2006), p. 188-190.

⁷⁰ ATF 132 I 282, 287-288 consid. 3.3.

⁷¹ ATF 131 I 223, 231 consid. 4.2 et les références citées. Voir aussi ATF 132 I 97, 100 consid. 2.1.

⁷² ATF 137 I 167, 172 consid. 3.1. Voir aussi ATF 135 I 130, 135 consid. 4.2.

La soumission des entreprises aux contrôles de l'inspection des entreprises (voir notamment : art. 2A, al. 2, P-LIRT⁷³) constitue une atteinte à la liberté économique des employeurs (art. 27 Cst.), respectivement à leur sphère privée (art. 13, al. 1, Cst)⁷⁴.

Toute atteinte à la liberté économique n'est cependant pas interdite, l'article 36 Cst. féd. permettant de restreindre les libertés, à la triple condition qu'il y ait une base légale, un intérêt public et le respect de la proportionnalité.

La première condition (base légale) pourrait sembler – à première analyse – facile à réaliser lors de l'adoption d'une initiative cantonale législative formulée. Dès lors qu'il s'agit de droit cantonal, il faut cependant que la base légale cantonale respecte le droit supérieur, et notamment la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons⁷⁵. Cette question a déjà été examinée précédemment (cf. *supra* 2.1.2 et 2.1.3), de sorte qu'il est possible d'y renvoyer.

La deuxième condition (intérêt public) s'analyse – pour une atteinte à la liberté économique – selon les trois catégories de mesures de police, de politique sociale et de politique économique (seules les deux premières étant admissibles). Même si on peut hésiter entre une mesure de politique sociale et une mesure de politique économique (interprétée à la lumière de l'article 94 Cst. féd.), il faut – en application du principe *in dubio pro populo* et sur la base de l'exposé des motifs des initiants – considérer qu'il s'agit plutôt d'une mesure de politique sociale (destinée à lutter contre la sous-enchère salariale) que d'une mesure de politique économique. D'ailleurs, dans un arrêt de 2005, le Tribunal fédéral a considéré que la protection – notamment sous l'angle salarial – des danseuses de cabaret constituait un intérêt public admissible⁷⁶. Il faut donc estimer qu'un intérêt public permettrait de justifier l'atteinte à la liberté économique.

⁷³ « L'inspection des entreprises est autonome dans son fonctionnement et peut agir de son propre chef. Elle peut procéder à des investigations directes auprès des entreprises ».

⁷⁴ Le raisonnement qui suivra se limitera à la liberté économique. Que certaines dispositions de l'IN 151 portent atteinte à la liberté économique ou à la sphère privée des entreprises n'a pas impact sur l'examen des conditions de restriction de ces libertés.

⁷⁵ ATF 2P.183/2004 du 2 février 2005, consid. 4.1.

⁷⁶ ATF 2P.183/2004 du 2 février 2005, consid. 4.2.

La troisième condition est celle de la proportionnalité. Elle se subdivise en trois sous-principes : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit, à savoir la pesée concrète des intérêts en présence⁷⁷.

Il faut tout d'abord se demander si l'instauration de contrôles est apte à atteindre le but souhaité, soit la garantie de la rémunération décente. Il faut considérer que cela peut être le cas.

En revanche, la condition de la nécessité – qui signifie qu'il n'y a pas de mesure moins incisive pour atteindre le même but – mérite davantage de réflexion. Elle sera d'ailleurs également développée, sous l'angle de la prise en considération, dans la deuxième partie de ce rapport (cf. *infra* B.). Il est cependant d'ores et déjà possible de signaler que la création d'une « inspection des entreprises » composée uniquement de représentants des travailleurs et dont la mission serait de procéder à des investigations directes auprès des entreprises est incisive dans leur fonctionnement. Il est donc douteux que la création d'une « inspection des entreprises » soit indispensable et prime les autres mesures préconisées par le Conseil d'Etat, dont le caractère insuffisant n'est par ailleurs pas avéré.

La dernière sous-condition de la proportionnalité est la pesée des intérêts entre l'atteinte à la liberté économique et la mesure proposée. Conformément aux principes qui seront repris dans la deuxième partie de ce rapport (cf. *infra* B.), l'investigation directe menée par une « inspection des entreprises », alors que des organes étatique (OCIRT) ou paritaires (Conseil de surveillance du marché de l'emploi, commissions paritaires, commissions tripartites) existent, ne primerait pas nécessairement la liberté économique et la sphère privée des entreprises.

En conclusion, l'IN 151 porte atteinte à la liberté économique et il est douteux que les conditions de restriction à cette liberté, notamment l'exigence de proportionnalité, soient données. Ce qui précède renforce cependant les conclusions relatives à la délégation d'une tâche étatique (cf. *supra* 2.1.3).

2.1.5 Conformité au droit fédéral : les buts sociaux

L'article 41 Cst. féd. est consacré aux buts sociaux de la Confédération et des cantons. L'article 41, alinéa 1, lettre d, Cst. féd. prévoit que « *La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que : toute personne capable de*

⁷⁷ ATF 136 I 197, 205 consid. 4.4.4 ; ATF 134 I 214, 218 consid. 5.7.

travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables. »

Selon l'article 41, alinéa 4, Cst. féd., aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux. Le Tribunal fédéral a confirmé qu'au contraire des droits fondamentaux, des droits fondamentaux sociaux et des droits sociaux, les *buts sociaux* ne confèrent aucun droit direct à des prestations étatiques⁷⁸.

La doctrine explique que la portée normative de l'article 41 Cst. féd. est faible⁷⁹, respectivement qu'elle est limitée par plusieurs autres dispositions juridiques⁸⁰. D'ailleurs, la garantie de conditions de travail correctes (« *angemessene Arbeitsbedingungen* ») doit être assurée plutôt par l'article 110 Cst. féd. que par l'article 41 Cst. féd.⁸¹.

2.1.6 Conformité au droit constitutionnel cantonal

S'agissant d'une initiative législative, l'IN 151 doit être conforme au droit constitutionnel cantonal.

En l'espèce, la Constitution genevoise ne contient pas de règles en matière de contrôle des entreprises.

Par conséquent, l'IN 151 ne pose pas de problème de compatibilité avec le droit constitutionnel cantonal.

2.1.7 Lien avec les autres normes du droit cantonal

En vertu des règles générales de conflit (*lex posterior derogat anteriori*; *lex specialis derogat generali*⁸²), une initiative législative cantonale formulée peut contredire, directement ou indirectement, d'autres dispositions

⁷⁸ ATF 129 I 17 consid. 4.3.

⁷⁹ Rémy Wyler, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 43; Auer / Malinverni / Hottelier (2006), vol. II, p. 677, §1518.

⁸⁰ René Rhinow, *Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung*, in : Ulrich Zimmerli (éd.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft – Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universität Bern (BTJP 1999)*, Berne 2000, p. 174-175, énumère cinq motifs qui limitent la portée de l'art. 41 (l'absence d'attribution de compétence, l'absence de justiciabilité des droits, l'absence de norme constitutionnelle permettant de déroger au principe de la liberté économique, la subsidiarité par rapport à l'initiative privée et enfin les moyens disponibles).

⁸¹ Hans Peter Tschudi, *Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung*, SZS/RSAS 1999, p. 371.

⁸² ATF 136 I 149, 157 consid. 7.4.

législatives cantonales. De ce point de vue, une initiative législative cantonale ne pourrait être invalidée en raison de sa contrariété aux autres textes législatifs cantonaux.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner la conformité de l'IN 151 avec le reste du droit cantonal.

2.1.8 Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qui précède, plusieurs dispositions de l'IN 151 sont contraires au droit supérieur.

2.2 Exécutabilité

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se justifie toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative⁸³.

En l'espèce, il convient de se demander si la répartition des compétences entre l'OCIRT et l'inspection des entreprises est suffisamment bien définie, pour permettre à l'initiative d'être mise en œuvre.

En réalité, il n'y a aucune répartition des compétences. Dans le « pire » cas, cela pourrait provoquer un conflit positif de compétences. Ce n'est cependant pas un obstacle absolu à l'exécutabilité de l'IN 151 au sens restrictif posé par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

L'IN 151 n'est donc pas inexécutable, malgré ces probables difficultés de mise en œuvre.

3. Conséquences des violations constatées

Il convient d'examiner quelles sont les conséquences de la violation de l'exigence de la conformité au droit supérieur.

⁸³ Arrêt TF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.1; on notera que, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral, bien que rappelant ces principes, a estimé que le Grand Conseil, qui avait considéré l'IN 136 inexécutable, n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en estimant que l'application de l'un des articles proposés par l'initiative « *serait propre à entraver la gestion de l'Etat* », ce qui pourrait constituer une extension de la notion d'inexécutabilité.

Selon l'article 66, alinéa 2, Cst-GE, le Grand Conseil scinde ou déclare partiellement nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière, selon que ses différentes parties sont elles-mêmes valides ou non; à défaut il déclare l'initiative nulle.

Selon l'article 66, alinéa 3, Cst-GE, le Grand Conseil déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle.

En l'espèce, l'IN 151 respecte l'unité de la matière, mais ne respecte pas entièrement le droit supérieur. En effet, les dispositions en lien avec le contrôle des entreprises sont contraires aux exigences découlant des garanties constitutionnelles de procédure (art. 29, al. 1, Cst.).

C'est donc l'article 66, alinéa 3, Cst-GE qui doit s'appliquer.

Certaines dispositions restent néanmoins valables. Il s'agit des articles suivants :

- article 2, alinéas 4 et 5 (rapport d'activité et effectifs de l'OCIRT);
- article 4, alinéa 5 (information du plaignant des suites de la procédure par l'OCIRT);
- article 4, alinéa 6 (qualité pour recourir des associations de défense des intérêts des salariés ou des employeurs);
- article 18, alinéa 2 (rapport d'activité du conseil de surveillance du marché de l'emploi);
- article 23, alinéas 2 (calculateur des salaires développé par l'observatoire);
- article 23, alinéa 3 (rapport sur le respect des usages);
- article 27, alinéas 2 et 3 (collaboration de l'OCIRT en matière de CCT), sauf la mention de l'inspection des entreprises.

Il faut considérer que ces différents éléments, d'importance variable, gardent un sens, malgré l'invalidation des règles concernant l'inspection des entreprises. En effet, l'augmentation des effectifs de l'OCIRT (art. 2, al. 5) et l'information des salariés sur le suivi des mesures (art. 4, al. 5) représentent des points importants pour les initiants, expressément développés dans leur exposé des motifs⁸⁴.

La sanction de l'invalidité partielle respecte le principe de la proportionnalité.

⁸⁴ Document « IN 151 », p. 7-8.

Le Conseil d'Etat invite donc le Grand Conseil à déclarer l'initiative populaire 151 partiellement nulle, en considérant que :

- l'article 2, alinéas 4 et 5, l'article 4, alinéa 5, l'article 4, alinéa 6, l'article 18, alinéa 2, l'article 23, alinéas 2, l'article 23, alinéa 3 et l'article 27, alinéa 3, sont valables;
- les mots « ou l'inspection des entreprises » de l'article 27, alinéa 2, doivent être invalidés;
- l'article 2, alinéas 6 et 7, l'article 2A, l'article 3, alinéas 1, 2 et 3, l'article 4, alinéa 3bis, l'article 9, alinéa 1, l'article 19, alinéa 3bis, l'article 26, l'article 35, alinéa 2, l'article 36, alinéa 3, l'article 37, alinéa 2, l'article 38, alinéa 1, l'article 39A, alinéa 3, l'article 39C, alinéa 2, l'article 39F, alinéa 2, l'article 43, alinéa 2, et l'article 44, alinéa 3, 4 et 5, ne sont pas conformes au droit supérieur et doivent être invalidés.

4. Conclusions sur la recevabilité

Il résulte de ce qui précède que l'IN 151 peut être considérée comme partiellement recevable.

B. PRISE EN CONSIDERATION DE L'INITIATIVE

1. Contenu de l'initiative et arguments des initiants

Le 10 octobre 2011, la Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) a lancé une initiative législative cantonale visant à remédier au dumping salarial en renforçant les contrôles au sein des entreprises. Le texte prévoit de calibrer les effectifs de l'office cantonal d'inspection et des relations du travail (OCIRT) en fonction du nombre de travailleurs actifs sur le canton.

Parallèlement, l'initiative exige la création d'un inspectorat des entreprises, composé d'inspecteurs miliciens désignés par les syndicats et nommés par le Conseil d'Etat, à hauteur d'un inspecteur pour 10 000 emplois soumis aux contrôles. Les initiants veulent instituer en faveur de cet organe privé « monopartite » une délégation de compétences en matière de loi sur les travailleurs détachés (LDet), de loi sur le travail (LTr), de loi sur l'assurance accidents (LAA), de loi sur le travail au noir (LTN), domaines régis par le droit fédéral, et de contrôle des usages, domaine régi par le droit cantonal.

Pour les initiants, l'accroissement des contrôles au sein des entreprises est une nécessité car la sous-enchère salariale a, selon eux, progressé à Genève ces dernières années. S'appuyant sur un rapport de 2010 de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques (CEPP), les initiants jugent insuffisant le nombre de contrôles effectués par l'OCIRT et les commissions paritaires. Les milieux syndicaux ont de plus le sentiment que les travailleurs ne sont pas informés des décisions et sanctions prises par l'OCIRT et que l'office concentre plutôt son action sur les contrôles en matière de travail au noir et de permis de travail, au détriment du contrôle des conditions générales de travail.

2. Position du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat est très attentif aux risques de dumping salarial. S'il s'est toujours fortement engagé pour le maintien et l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes avec les Etats membres de l'Union européenne, il a également veillé à appliquer pleinement l'ensemble des mesures d'accompagnement à sa disposition, en collaboration étroite avec les partenaires sociaux. Genève assume clairement un rôle pionnier dans ce domaine : c'est le premier canton à avoir édicté des contrats-type de travail avec des salaires minimaux impératifs. Actuellement, près de 60% des salariés du secteur privé bénéficient de salaires minimaux grâce à des conventions collectives, principalement dans les secteurs économiques les

plus exposés. Les bases légales pour combattre la sous-enchère existent donc. S'agissant des contrôles effectués par les commissions paritaires et l'Etat, on aboutit au constat que la proportion d'entreprises adoptant des pratiques salariales inadaptées n'a pas progressé depuis une dizaine d'années. On observe également que le salaire brut médian standardisé du secteur privé a notablement progressé à Genève depuis l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes, passant de 5 714 F mensuels en 2000, à 6 775 F en 2010 – avec un pic à 6 801 F en 2008. Selon l'office cantonal de la statistique, le tassement intervenu entre 2008 et 2010 « est dû principalement à une baisse des paiements spéciaux (souvent assimilés aux bonus) ; sans ceux-ci le salaire brut médian standardisé resterait stable entre 2008 et 2010 »⁸⁵. Les salaires les plus bas ont d'ailleurs continué d'augmenter durant cette décennie, à un rythme toutefois moins élevé que les plus hauts salaires, ce qui démontre que la libre circulation des personnes a surtout attiré dans notre canton des profils à haut niveau de formation et de qualification.

Néanmoins, il convient de poursuivre efficacement les situations abusives lorsqu'elles se produisent. Or, la plupart des situations de sous-enchère abusive se recoupent avec des problématiques de travail au noir. Autrement dit : les salariés soumis à des salaires relevant de la sous-enchère sont généralement des personnes sans statut légal en Suisse, contrairement aux personnes bénéficiant de l'accord bilatéral sur la libre circulation avec l'Union européenne. Raison pour laquelle l'Etat de Genève a mis en œuvre de manière déterminée la loi fédérale sur le travail au noir. Notre canton est ainsi le premier de Suisse à avoir prononcé des sanctions lourdes (interdiction d'accès aux marchés publics) pour des entreprises gravement mises en cause.

L'initiative soulève ainsi des questions importantes, en rappelant l'importance essentielle d'un dispositif de contrôle efficace. L'Etat est lui aussi partisan d'une hausse du nombre de contrôles, car la libre circulation des personnes doit permettre aux entreprises de recruter en Europe des employés qui feraient défaut sur le marché suisse, mais en aucun cas d'exercer une pression à la baisse des salaires.

Toutefois, les réponses qu'apporte l'initiative sont inadéquates et pourraient manquer leur cible. Son défaut majeur est de faire fi des principes de paritarisme et de tripartisme sur lesquels repose le fonctionnement du marché du travail en Suisse. C'est aux commissions paritaires (représentant les syndicats et le patronat) qu'incombe le contrôle du respect des

⁸⁵ Enquête suisse sur la structure des salaires à Genève, résultats 2010, in *Informations statistiques* No 12, 6 mars 2012.

conventions collectives de travail (CCT) déclarées de force obligatoire. Dans les branches non couvertes par une convention collective de travail étendue, ce sont les commissions tripartites cantonales qui procèdent aux contrôles. A Genève, cette compétence est déléguée à l'OCIRT.

Ce dispositif, regroupant un organe étatique, neutre par principe, et des organes paritaires, assure aux entreprises des garanties en matière d'égalité de traitement, de proportionnalité et d'équité. A l'inverse, une « milice syndicale » telle qu'envisagée par l'initiative ne pourrait pas offrir les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité. L'inspection syndicale serait dès lors légitimement refusée par les sociétés qu'elle entendrait contrôler. On voit aisément qu'une telle inspection ne pourrait guère être efficace puisqu'elle s'arrêterait aux portes fermées des entreprises. Le Conseil d'Etat constate que l'initiative obligerait l'Etat à engager et à salarier des fonctionnaires désignés par les syndicats, ce qui est en opposition crasse avec le principe de neutralité et d'indépendance que l'on exige des fonctionnaires.

L'initiative ne proposant pas une définition des compétences respectives de l'OCIRT et de l'inspection des entreprises, son application engendrerait forcément des doublons, ce qui affaiblirait l'efficacité du dispositif.

Contrairement aux affirmations des initiateurs, le système en place fonctionne bien. Il est certes perfectible mais il répartit de manière équilibrée la responsabilité des contrôles entre l'Etat et les partenaires sociaux. L'étude de la CEPP sur laquelle s'appuient les initiateurs pour dénoncer son inefficacité comporte des lacunes graves et de nombreux biais méthodologiques. Elle porte notamment sur une période comprise entre 2002 et 2006 alors que c'est à partir de 2007 que les commissions paritaires ont réellement commencé à s'organiser pour mettre en œuvre les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Malgré cela, cette étude confirme que « le niveau général des salaires n'a pas diminué depuis l'ouverture du marché du travail, de même que la grande majorité des salaires se situent au-dessus des valeurs minimales inscrites dans les conventions collectives ».

Au 31 décembre 2011, il y avait à Genève 141 CCT en vigueur : la plupart des secteurs économiques du canton présentant des risques élevés de sous-enchère salariale sont régis par des CCT étendues (26 CCT étendues à fin 2011 contre 3 en 1998 et 13 en 2003). Près de 60% des 250 000 travailleurs du secteur privé sont ainsi couverts par une CCT. Par ailleurs, environ 15% des travailleurs sont couverts par les usages ou par un contrat-type de travail à caractère impératif. Au total, quelque 75% des travailleurs actifs à Genève dans le secteur privé sont donc protégés par un dispositif qui définit des conditions minimales à respecter. Seule une minorité de

travailleurs n'est pas couverte, et ces travailleurs sont pour la plupart actifs dans des secteurs où le risque de sous-enchère salariale est limité.

En 2011, l'OCIRT a conduit plus de 1 000 contrôles d'entreprises genevoises et les commissions paritaires environ 900. Plus de 10% des 17 000 entreprises employant du personnel ont donc été contrôlées en une seule année, proportion non négligeable, compte tenu du fait que ces contrôles sont orientés prioritairement sur les secteurs à risque.

Il convient d'ajouter à ces chiffres plus de 1 300 contrôles réalisés en 2011 par l'OCIRT concernant la protection de la santé et de la sécurité au travail. La même année, l'office a effectué environ 400 contrôles en matière de LTN. S'il est vrai que le Conseil d'Etat accorde une importance majeure à la lutte contre le travail au noir, on peut s'étonner que les initiants prétendent que l'OCIRT focalise son action dans ce domaine au détriment du dumping salarial et des conditions générales de travail. En effet, comme indiqué plus haut, les situations de travail au noir sont très fréquemment assorties de conditions salariales inférieures aux normes conventionnelles ou légales.

Il convient également de comparer les activités de contrôle menées à Genève avec celles déployées par les autres cantons suisses. En 2011, l'ensemble des commissions triparties cantonales a contrôlé les salaires et conditions de travail de 36 782 employés d'entreprises suisses. 10 421 de ces contrôles ont été effectués par l'OCIRT. Ces chiffres prouvent que le canton de Genève s'est déjà doté d'un dispositif fort.

Lors du lancement de l'initiative, les syndicats ont dénoncé plusieurs cas de sous-enchère salariale par voie de presse. Loin de souligner l'inefficacité du système, ces dénonciations démontrent au contraire que la CGAS, qui exerce une coresponsabilité importante dans le dispositif de contrôle en place, a déjà tout loisir de combattre les abus par le biais des commissions paritaires qui sont composées, à part égale, de représentants syndicaux et patronaux.

Selon les initiants, l'intensification des contrôles serait justifiée par l'augmentation de la sous-enchère salariale dans le canton de Genève au cours des dernières années. Chaque année depuis 2004, un groupe de travail tripartite présidé par l'OCIRT examine plus de 3 000 demandes d'autorisation de travail pour des ressortissants européens, frontaliers ou résidents. Certains secteurs sont certes clairement plus exposés que d'autres à la sous-enchère salariale, mais les taux de cas problématiques sont restés assez stables depuis 2004, le taux moyen se situant autour de 6%

Il est enfin surprenant que les initiants invoquent un manque de transparence dans les contrôles et les décisions de l'OCIRT. Les seules

limites à la communication des informations par l'office sont celles qu'impose le cadre légal auquel serait également soumis le nouvel inspectorat des entreprises. L'OCIRT publie en ligne sur son site internet ses décisions en matière de LTr à l'intention des organisations syndicales et patronales. Par ailleurs, l'office produit chaque année plusieurs rapports sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de la loi sur le travail au noir, ainsi que sur ses activités en matière de santé et sécurité au travail.

En résumé, l'initiative est non seulement coûteuse mais également inadéquate et inefficace. Elle prétend pallier les insuffisances d'un système qui a fait ses preuves, et dont les syndicats font déjà intégralement partie. Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat recommande de la rejeter.

Il s'agit néanmoins de répondre concrètement aux questions de fond soulevées par les initiants et de développer des pistes d'amélioration réalistes. Force est de constater que les commissions paritaires, sur lesquelles repose la majeure partie du dispositif de surveillance dans les secteurs conventionnés, ne sont pas toutes organisées de manière professionnelle, ce qui engendre une forte disparité des contrôles, tant qualitative que quantitative, suivant les secteurs. La capacité d'une commission paritaire à s'organiser pour effectuer des contrôles de manière crédible devrait être examinée dans le processus d'extension de toute convention collective sur le plan cantonal.

Il est vrai également que la répartition des responsabilités entre l'OCIRT et les commissions paritaires induit un fonctionnement cloisonné et une vision fragmentaire du dispositif de contrôle. Plutôt que de créer un nouvel organe d'inspection, il serait plus judicieux de renforcer la collaboration entre les organes existants, notamment par le biais de contrats de prestations et de mettre en place un mode de « reporting » qui rende compte de l'ensemble des contrôles opérés, valorisant ainsi les efforts déployés par tous les acteurs concernés.

Il est important, enfin, de renforcer l'observation du marché du travail dans les secteurs non conventionnés et d'y combattre les éventuelles situations de sous-enchère salariale abusive et répétée en y édictant des contrat-types de travail. Il conviendrait de prévoir un renforcement mesuré des effectifs de l'OCIRT pour que l'office puisse élargir son spectre d'investigations.

Le Conseil d'Etat propose donc au Grand Conseil de s'appuyer sur ces axes de réflexion et de présenter un contre-projet.

C. CONCLUSIONS

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à déclarer l'IN 151 partiellement invalide et, pour la partie recevable, à la rejeter, en lui opposant un contreprojet.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
Pierre-François UNGER