

BURKHARDT, Kommentar S. 273, Fussnote 1 : (« Dagegen brauchen die zwei Liter nicht in einem Gefäss abgeben zu werden und es braucht wohl auch nicht nur ein Getränk zu sein »). Schon die Fassung in bezug auf den zweiten Punkt zeigt, dass damit nur eine vorläufige Meinung geäußert werden soll, die der Verfasser selbst noch näherer Prüfung für bedürftig erachtet. Die weiteren Erörterungen in Bundesrecht II Nr. 478, die in der Nachtragseingabe der Rekurrenten noch wiedergegeben werden, betreffen überhaupt nicht den heute streitigen Punkt, sondern die andere Frage, ob der Handel dadurch zum Kleinhandel werden könne, dass der Käufer die Menge von 2 Liter oder darüber nicht nur für seinen eigenen Gebrauch, sondern zugleich auch für Rechnung anderer erworben hat, in der Absicht, sie mit diesen zu teilen. Auch das Ergebnis, zu dem der betreffende Entscheid des Bundesrates damals in dieser Frage kam, ist übrigens bei der Beratung des Geschäftsberichts von der nationalrätlichen Kommission beanstandet worden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 30. — Voir aussi n° 30.

III. NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

30. Arrêt du 8 juillet 1938 dans la cause Weilenmann contre Cour de Justice de Genève.

Est inconstitutionnelle, comme contraire à l'art. 45 Const. féd. la disposition d'un arrêté cantonal en vertu de laquelle la délivrance d'un permis d'établissement ou de séjour à un ressortissant d'un autre canton est subordonnée à l'obtention préalable d'une autorisation de travailler dans le canton (consid. 4).

Le patron qui s'est vu condamner pour avoir engagé un employé auquel le permis d'établissement ou de séjour a été refusé, faute d'avoir été autorisé à travailler, est également recevable à se plaindre de l'inconstitutionnalité de la disposition au regard du principe de la liberté du commerce (art. 31 Const. féd.) (consid. 3).

Les actes législatifs cantonaux au sujet desquels l'art. 43 al. 6 Const. féd. prévoit la sanction du Conseil fédéral entrent en vigueur nonobstant l'absence de sanction (consid. 2).

A. — Emile Weilenmann exploite à Genève une cordonnerie spécialisée dans la fabrication des chaussures de sport. En mars 1937, ayant besoin d'un ouvrier spécialiste en cette matière, il se mit en rapport avec un nommé Knaus, originaire du canton des Grisons et alors domicilié dans ce canton. Knaus s'étant déclaré disposé à aller travailler chez Weilenmann, demanda l'autorisation de s'établir à Genève. Par décision du 25 juin 1937, le Conseil d'Etat refusa l'autorisation, pour le motif que Weilenmann n'avait pas le droit, en vertu de la réglementation à laquelle était soumis le métier de cordonnier, d'engager un nouvel employé. Par l'entremise de son conseil, Weilenmann exposa alors au Département cantonal du commerce et de l'industrie que Knaus devait remplacer un ouvrier congédié et qu'ainsi le nombre d'ouvriers qu'il était autorisé à employer ne serait pas dépassé. Il pria en conséquence le Département de lever son opposition à la délivrance du permis de séjour. Bien que cette lettre fût restée sans réponse et qu'il sût que Knaus n'avait pas obtenu son permis, il engagea néanmoins le prénommé qui travailla chez lui du 7 au 20 septembre 1937, date à laquelle il le congédia.

Le 27 septembre 1937, la gendarmerie dressa procès-verbal contre Weilenmann pour avoir contrevenu à l'art. 1^{er} de l'arrêté du Conseil d'Etat de Genève du 30 janvier 1935 relatif à l'engagement de personnes étrangères au canton.

Cet arrêté est ainsi conçu :

Article premier. — Il est interdit à tout employeur d'engager et de faire travailler des personnes étrangères

au canton, qui ne soient pas, au préalable, au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement régulièrement renouvelé et ne portant pas de clauses restrictives.

Art. 2. — Toute personne voulant travailler ne pourra obtenir un permis de séjour ou d'établissement si elle ne justifie pas d'une occupation régulière par la présentation d'un certificat d'embauche.

Art. 3. — Aucune embauche ou aucun engagement de nouvel arrivant ne peut se faire sans le préavis de l'Office cantonal de placement.

Art. 4. — L'Office cantonal de placement n'inscrira comme chômeur en quête de travail aucun chômeur sans permis. Il ne procédera à aucune inscription de chômeur n'ayant pas au moins six mois de séjour dans le canton.

Art. 5. — Les nouveaux arrivants non munis de permis de séjour ou d'établissement et sans moyens d'existence seront rapatriés.

Art. 6. — Les contrevenants au présent arrêté seront passibles des peines de police et des peines prévues par la loi fédérale du 26 mars 1931 précitée et de son ordonnance d'application du 5 mai 1933.

Art. 7. — Le présent arrêté abroge celui du 13 juin 1933.

De son côté, Knaus se vit également dresser procès-verbal pour défaut de permis de séjour.

B. — Renvoyé devant le Tribunal de police de Genève pour contravention aux art. 1^{er} et 6 de l'arrêté précité, Weilenmann fut condamné de ce chef par jugement du 22 novembre 1937 à la peine de 60 francs d'amende et aux frais.

Il appela de ce jugement en reprenant ses moyens et en soutenant notamment que l'arrêté du 30 janvier 1935 avait été tacitement abrogé par la loi du 7 avril 1937 modifiant l'art. 13 de la loi du 28 janvier 1933 sur l'Office cantonal de placement et le contrôle du placement dans le canton de Genève. Dans sa nouvelle version, ledit article à la teneur suivante :

« Les employeurs qui désirent engager ou faire travailler des ouvriers ou des employés étrangers au canton, qui n'y sont pas régulièrement domiciliés depuis au moins six mois, doivent présenter une demande d'autorisation à l'Office cantonal de placement en lui fournissant l'état civil complet des employés ou des ouvriers qu'ils ont l'intention d'engager ainsi que tous autres renseignements utiles, conformément aux lois, arrêtés et ordonnances en vigueur.

» La demande sera examinée en tenant compte des conditions générales du marché du travail et des possibilités d'employer la main-d'œuvre genevoise ou domiciliée à Genève.

» Au cas où la demande serait écartée, l'employeur devra, sous peine des sanctions prévues aux art. 34 à 36 de la présente loi, renoncer à engager ou à faire travailler l'ouvrier ou l'employé en question. »

C. — Par arrêt du 29 janvier 1938, la Cour de Justice a confirmé le jugement du Tribunal et condamné Weilenmann aux dépens d'appel.

Contrairement à l'argumentation de l'appelant, la Cour a admis en résumé :

a) que l'arrêté du 30 janvier 1935 n'avait pas été abrogé par la loi du 7 avril 1937 ;

b) que l'art. 1^{er} de cet arrêté n'était pas contraire aux art. 31 et 45 Const. féd., parce qu'il constituait une simple mesure de police imposant aux employeurs l'obligation de vérifier si leurs employés ou ouvriers sont autorisés à s'établir dans le canton ;

c) qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si le permis d'établissement avait été refusé à Knaus contrairement aux dispositions de l'art. 45 Const. féd., parce que c'était à ce dernier et non à Knaus qu'il aurait appartenu d'invoquer la violation de ces dispositions.

D. — Weilenmann a formé contre l'arrêt de la Cour un recours de droit public par lequel il conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral annuler ledit arrêt, libérer le

recourant de toute condamnation et condamner l'Etat de Genève en tous les dépens.

Le recours est en résumé motivé de la manière suivante :

a) L'arrêté de 1935 a été tacitement abrogé par la loi du 7 avril 1937 qui contient des dispositions qui sont nettement les mêmes. Elle tend également à empêcher les employeurs d'engager librement les ouvriers ressortissants d'autres cantons dont le domicile n'est pas à Genève. L'arrêté et la loi régissant ainsi les mêmes objets, il est évident que le texte légal le plus ancien est abrogé par le plus récent. L'arrêté de 1935 n'avait d'ailleurs jamais été appliqué par le gouvernement qui l'avait promulgué ; il était donc tombé en désuétude.

b) L'arrêté de 1935 aurait dû, pour être applicable, être soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Le fait qu'il ne l'a pas été suffit à rendre inconstitutionnel l'arrêté de la Cour.

c) L'arrêté est contraire à l'art. 45 Const. féd. Le but de cet article est d'assurer à chaque citoyen le droit de s'établir et de travailler librement sur tous les points du territoire suisse. Sa conséquence logique est qu'un employeur qui constate que l'ouvrier qu'il désire engager est citoyen suisse et que son établissement ne se heurte à aucun des empêchements prévus à l'art. 45 peut l'engager librement, sans aucune formalité. Or il suffit de reprendre le préambule de l'arrêté de 1935 et de se reporter aux délibérations du Grand Conseil (Mémorial du 30 septembre 1937) pour voir que le but de l'arrêté est de restreindre l'arrivée des ouvriers et employés ressortissants d'autres cantons et de réserver aux Genevois seuls le droit de travailler dans le canton, ce qui crée une différence incompatible avec l'art. 4 Const. féd. A Genève, le contrôle des étrangers et des Confédérés est effectué par le bureau des permis de séjour, en collaboration avec la police. On ne saurait donc prétendre que l'arrêté de 1935 est une simple mesure de police. En réalité, toute embauche de main-d'œuvre confédérée se trouve soumise au contrôle

du Conseil d'Etat qui, selon le marché du travail ou selon son bon plaisir, accorde ou refuse l'autorisation de travailler. Ce système est absolument incompatible avec les art. 31 et 45 Const. féd. La violation de la Constitution existe donc non seulement vis-à-vis de l'employé, mais aussi de l'employeur. Si le permis d'établissement a été refusé à l'employé d'une façon illégale, il s'ensuit que toute condamnation prononcée sur la base de ce refus est également inconstitutionnelle.

En terminant, le recourant invoque les art. 4, 31 et 45 Const. féd. et toute autre disposition que le Tribunal fédéral jugerait applicable.

E. — La Cour de Justice et le Procureur général ont déclaré s'en référer aux motifs de l'arrêt attaqué.

F. — D'une communication du Conseil fédéral au Tribunal fédéral en date du 14 juin 1938, il ressort que le Conseil fédéral n'a pas sanctionné l'arrêté du 30 janvier 1935.

Considérant en droit :

1. — (Examen du moyen pris de ce que l'arrêté du 30 janvier 1935 aurait été tacitement abrogé par la loi du 7 avril 1937 et était d'ailleurs, faute d'application, tombé en désuétude.)

2. — Il est hors de doute que l'arrêté du 30 janvier 1935, en tant qu'il touche à l'établissement, devait être soumis à la sanction du Conseil fédéral en vertu de l'art. 43 al. 6 Const. féd. (cf. SCHOLLENBERGER, Kommentar, p. 342 ; JENNY, Die Aufsicht des Bundes, p. 58, note 1). Or il est constant que cette sanction n'a pas été donnée. Mais c'est à tort que le recourant tire de là la conséquence que l'arrêté n'est pas entré en vigueur. Il convient en effet d'adopter à ce sujet la même solution que le Tribunal fédéral a déjà admise à propos de l'art. 55 al. 2 Const. féd. (cf. RO 60 I p. 121 et les arrêts cités). Comme on le relevait dans l'arrêt RO 15 p. 53 en ce qui concerne l'art. 55, la Constitution n'a pas prévu que la sanction fédérale a un

effet suspensif et il faut admettre qu'on ne la considérait pas comme une conséquence forcée de l'institution, puisqu'à l'art. 29 litt. b et c et à l'art. 32 litt. e de la Constitution fédérale de 1848 et encore à l'art. 32 litt. e de la Constitution actuelle (abrogé le 1^{er} septembre 1887), on avait eu soin de prévoir expressément l'approbation par le Conseil fédéral avant la mise à exécution. Au reste, l'institution présente la plus grande analogie avec celle de la garantie des constitutions cantonales par l'Assemblée fédérale, et le point de vue a prévalu en pratique, sinon en doctrine (cf. dans le sens de la pratique : BURCKHARDT, p. 69 ; JENNY, op. cit., p. 26 ; et les auteurs cités, et, en sens contraire, FLEINER, Bundesstaatsrecht, p. 58 ; ROHR, ZBJV vol. 44, p. 596) que les constitutions cantonales entrent en vigueur déjà avant l'octroi de la garantie fédérale.

Si le recours était dirigé contre l'arrêté du 30 janvier 1935 comme tel, il faudrait rechercher si la compétence attribuée au Conseil fédéral par l'art. 43 al. 6 Const. féd. n'exclut pas la faculté pour le Tribunal fédéral de se saisir du différend, par analogie également avec ce qui a été jugé en matière de recours contre une disposition d'une constitution cantonale. Mais, comme le recourant s'en prend uniquement à la condamnation dont il a été l'objet et qu'en principe toute mesure d'exécution de cette nature peut donner lieu à un recours de droit public, rien ne s'oppose à l'entrée en matière.

Il reste à examiner s'il ne conviendrait pas de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil fédéral se soit lui-même prononcé sur la constitutionnalité de l'arrêté du 30 janvier 1935. On pourrait en décider ainsi si le recours devait se heurter à certaines objections de procédure tirées des prescriptions de la loi d'organisation judiciaire régissant la compétence et les attributions du Tribunal fédéral, alors que le Conseil fédéral, auquel il appartiendrait de revoir les dispositions de l'arrêté dans leur ensemble, devrait probablement en arriver à lui refuser la sanction

voulue, auquel cas le recourant aurait évidemment intérêt à continuer de bénéficier de la suspension de l'exécution de l'arrêt attaqué jusqu'à ce que le Conseil fédéral ait rendu sa décision. Mais étant donné, d'une part, que les moyens invoqués à l'appui du recours apparaissent d'entrée de cause comme suffisants pour le faire admettre et, d'autre part, que le Conseil fédéral n'a pas encore été officiellement requis de donner sa sanction à l'arrêté cantonal et que sa décision peut tarder encore un certain temps, il se justifie d'aborder immédiatement le fond.

3. — La liberté d'établissement consacrée par l'art. 45 Const. féd. est avant tout (cf. RO 49 I p. 336, qui fait une réserve en ce qui concerne les alinéas 3 et 5, lesquels ne sont pas en jeu en l'espèce) un droit individuel qui, comme tel, ne peut être violé qu'en la personne de celui qu'elle est destinée à protéger (cf. KIRCHHOFER, Legitimation, p. 148), en la personne, par conséquent, de celui qui se voit refuser la possibilité de s'établir en un lieu dans les conditions fixées par cette disposition constitutionnelle, dont le but est précisément de lui garantir cette possibilité. Le recourant dont l'établissement n'est pas en cause ne saurait donc invoquer cette garantie. En revanche, comme industriel ou artisan, il peut se plaindre d'une violation de la disposition constitutionnelle qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, s'il estime et entend faire valoir, comme c'est le cas, que la disposition cantonale en vertu de laquelle il a été condamné est incompatible avec la première.

L'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie résulterait en l'espèce, d'après le recourant, du fait qu'on prétendrait lui interdire, en vertu de l'arrêté du 30 janvier 1935, d'occuper à Genève un ouvrier qu'il avait fait venir d'un autre canton, et cela alors même que cet ouvrier aurait incontestablement, en vertu de l'art. 45 Const. féd., le droit à l'établissement. La violation de l'art. 31 Const. féd. proviendrait ainsi d'une violation de l'art. 45, ce qui, en principe, est concevable. La liberté du commerce

et de l'industrie n'est pas absolue ; mais, si elle peut être soumise à des restrictions pour des motifs de police, en vue de la sauvegarde de l'ordre, du repos, de la sécurité et de la morale, elle ne saurait l'être pour des motifs qui seraient incompatibles avec d'autres droits également garantis par la Constitution (RO 50 I p. 173 et suiv.). Il suit de là qu'une loi qui limiterait la liberté d'un commerçant ou d'un industriel d'engager des employés ou ouvriers, en limitant inconstitutionnellement le droit d'établissement, serait contraire à l'art. 31.

4. — Il ressort tant du préambule de l'arrêté du 30 janvier 1935 que des motifs qui l'ont inspiré (cf. Mémorial 1937, tome I p. 289), que cet acte avait pour but de protéger les ouvriers établis dans le canton contre la concurrence d'ouvriers étrangers ou venant d'autres cantons, et ce but devait être atteint essentiellement par le fait qu'en vertu de l'art. 2 la délivrance d'un permis de séjour ou d'établissement aux personnes voulant travailler dans le canton était subordonnée à la preuve que l'intéressé était assuré d'une occupation régulière dans le canton, preuve qui devait être administrée par la présentation d'un certificat d'embauche. Or l'inconstitutionnalité de cette prescription ne fait pas de doute, puisqu'elle fait dépendre le droit d'établissement d'une condition non prévue par l'art. 45 Const. féd., lequel fixe limitativement les motifs pour lesquels l'établissement peut être refusé, et ses effets sont encore aggravés par l'art. 3 suivant lequel aucune embauche et aucun engagement de nouvel arrivant ne peuvent se faire sans le préavis de l'Office cantonal de placement, car cette disposition a été évidemment édictée dans l'idée que l'Office donnerait un préavis négatif toutes les fois qu'il estimerait que l'engagement d'un ouvrier étranger au canton pourrait être remplacé par celui d'un ouvrier déjà établi. Il est ainsi certain que dans ses dispositions essentielles l'arrêté de 1935 est inconstitutionnel, ce que le Conseil d'Etat de Genève a d'ailleurs lui-même expressément reconnu dans le message relatif

au projet de loi modifiant l'art. 13 de la loi du 28 janvier 1933 (Mémorial 1937, p. 289).

En interdisant à tout employeur d'engager et de faire travailler des personnes étrangères au canton, qui ne seraient pas déjà au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement, l'art. 1^{er} vise à empêcher que les prescriptions inconstitutionnelles des art. 2 et 3 ne soient éludées. Cette disposition sort par là même et de toute façon du cadre des prescriptions de police qui peuvent être imposées aux employeurs pour les besoins du contrôle de l'établissement. Dès lors, et conformément à ce qui a été exposé plus haut, elle implique, à l'égard de l'employeur, une atteinte à la liberté du commerce.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis. En conséquence, l'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 29 janvier 1938 et le jugement du Tribunal de première instance du 22 novembre 1937 sont annulés.

**31. Arrêt du 23 septembre 1938 dans l'affaire Kummer
contre Conseil d'Etat du Canton de Vaud.**

Liberté d'établissement. Privation des droits civiques (art. 45, al.2 CF).
La Constitution fédérale ne limite pas la durée pendant laquelle la privation des droits civiques par suite d'un jugement pénal constitue une cause de perte de la liberté d'établissement. C'est au législateur (fédéral ou cantonal) qu'il appartient d'instituer une durée maximum de la privation ; il ne peut y être contraint.

A. — Le recourant est originaire du Valais. Il a séjourné de 1929 à 1930 à Vevey et s'y est de nouveau établi en 1936. Son casier judiciaire mentionne les condamnations suivantes :

- 1) 15 août 19, Trib. Pol. Lausanne, vagabondage, 5 jours de réclusion, 5 ans p.d.c.