

Dass vollends das vom Regierungsrat in diesem Zusammenhang angeführte letzte Motiv — durch die Zulassung des Beerensammelns an Sonntag Vormittagen würden diejenigen benachteiligt, welche den Vormittag zum Kirchenbesuch benützen — mit der Sonntagspolizei nichts zu tun hat und die angefochtene Massnahme unmöglich zu stützen vermag, bedarf keiner Erörterung. Da deren Anfechtung sich mithin — mangels Anführung anderer Erwägungen des öffentlichen Interesses, welche für sie sprächen — schon aus dem vom Rekurrenten in erster Linie geltend gemachten Gesichtspunkte des Widerspruchs zum Bundesrecht (Art. 2 Ueb.-Best. zur BV) begründet erweist, braucht auf die weiteren Beschwerdegründe nicht eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und demgemäss der angefochtene Beschluss des Regierungsrates von Zug vom 11. Juni 1917, soweit dadurch das Sammeln wildwachsender Beeren an Sonntagen Vormittags verboten und unter Strafe gestellt wird, aufgehoben.

39. Arrêt du 16 octobre 1917 dans la cause « La Suisse »,
contre le Syndicat des vendeurs de journaux.

Constitutionnalité de la loi genevoise du 26 mars 1904 sur les tarifs d'usage (art. 2 Disp. trans. Const. féd.) Caractère du contrat conclu entre les administrations de journaux et les « vendeurs de journaux ». Contrat de travail ou contrat de vente ?

A. — Dans le canton, spécialement dans la ville de Genève, les journaux sont vendus sur la voie publique par des personnes dont c'est le métier et qui sont appelées pour cela « vendeurs de journaux ». Ces personnes reçoivent

les journaux en un certain nombre d'exemplaires au bureau du journal, à un prix inférieur à celui auquel ils doivent les vendre. La différence leur appartient et forme leur gain.

Le journal de la Société recourante se vend au public 5 centimes. Avant la guerre, il était livré aux vendeurs à 2½ centimes. Leur gain était donc de 2½ centimes par numéro. Depuis la guerre, la vente des journaux a considérablement augmenté ; mais les frais de publicité, spécialement le prix du papier, ont également notablement augmenté. Ces circonstances ont engagé la Société recourante à modifier les conditions faites aux vendeurs. Elle demande par exemplaire 3 centimes. Le gain du vendeur a diminué de 10 %.

En septembre 1916, le Syndicat des vendeurs et vendeuses de journaux chargea le sieur Nicolet, secrétaire du Comité central de la Fédération suisse des ouvriers de commerce, des transports et de l'alimentation, à Genève, de faire une démarche auprès de la Société recourante afin d'obtenir une amélioration des conditions faites aux vendeurs de journaux. Nicolet demanda le rétablissement du *statu quo ante*, en raison du renchérissement général de la vie. La recourante répondit négativement, motivant son refus par l'augmentation du prix du papier.

Nicolet, agissant toujours au nom du « Syndicat des vendeurs », s'adressa alors au Département du Commerce et de l'Industrie en le priant de tenter une démarche amicale auprès de la Société recourante. Cette tentative échoua.

Le Syndicat demanda ensuite au Département par lettre du 25 janvier 1917 de faire application de la loi sur les conflits collectifs. D'après cette loi, du 26 mars 1904 (art. 1^{er}), « A défaut de conventions particulières, les conditions d'engagement des ouvriers en matière de louage de services ou d'ouvrages sont réglées par l'usage.

» Ont force d'usage, les tarifs et conditions générales d'engagement établis en conformité de la présente loi.

» Art. 2. Dans chaque corps de métiers, les tarifs et conditions sont établis :

» b) à défaut d'accord, par des arbitres soit par la Commission centrale des Prud'hommes et les délégués des patrons et ouvriers, après un essai préalable de conciliation devant le Conseil d'Etat. »

Par convocation du 5 février 1917, le « Conseiller délégué », H. Boveyron, agissant au nom du Conseil d'Etat, invita les Administrations de Journaux du canton de Genève « à se faire représenter par un délégué chacune à l'assemblée plénière convoquée pour le 9 février » aux fins de nommer « trois délégués devant représenter la corporation en conformité de la loi du 26 mars 1904... »

Les Administrations de journaux ne se rendirent pas à cette invitation et leur assemblée plénière ne put avoir lieu.

Les vendeurs de journaux furent convoqués également le 5 février en assemblée plénière pour désigner leurs délégués. Cette assemblée eut lieu le 9 février et les délégués furent nommés.

Par arrêté du 10 février 1917, le Département du Commerce et de l'Industrie « considérant que les Administrations de journaux du canton de Genève... n'ont pas répondu à la convocation » du 5 février, décide :

« 1. de constater que le différend qui lui a été signalé comme existant entre les Administrations de journaux et les vendeurs et vendeuses ne peut être concilié ;

» 2. de transmettre l'affaire à la Commission centrale des Prud'hommes, en conformité de la loi du 26 mars 1904. »

Le même jour, 10 février 1917, le Département du Commerce transmet l'affaire au Président de la Commission centrale des Prud'hommes en l'invitant « à faire arbitrer le différend suivant les prescriptions de la loi » du 26 mars 1904.

B. — La Commission centrale des Prud'hommes se constitua avec les délégués, en conformité de l'art. 13

de la loi et procéda le 26 février 1917 à l'arbitrage ayant pour objet l'établissement du tarif des salaires et conditions de travail de la profession de vendeurs de journaux.

L'Administration de la société recourante souleva l'exception d'incompétence, en alléguant qu'il n'existait pas entre elle et les vendeurs de journaux de rapports de patron à ouvriers.

La Commission centrale écarta l'exception d'incompétence et se déclara compétente pour l'élaboration d'un tarif, par les motifs ci-après :

« Les vendeurs de journaux se déclarent être des employés, car ils assument un travail régulier ; chaque administration fixe les heures de vente de son journal.

» Pendant ces heures de vente, les vendeurs de journaux sont entièrement au service des administrations qui les occupent. Ces dernières font exercer une surveillance par des inspecteurs.

» Les vendeurs de campagne ont un fixe de 5 fr. pour frais de bicyclette.

» Les frais de transport, tram, chemins de fer, sont payés par les administrations. »

Cette décision est basée sur les art. 319 CO, art. 1^{er} LO sur les conseils de Prud'hommes du 12 mai 1877, et sur les art. 1 et 2 de la loi du 26 mars 1904 sur les tarifs d'usage.

La Commission établit ensuite le tarif suivant :

« ART. I. Les vendeurs et vendeuses de journaux auront droit comme salaire à une remise de 50 % sur le prix de vente du numéro au public.

» ART. II. Les numéros invendus seront repris par les administrations de journaux.

» ART. III. Les déplacements des vendeurs sont à la charge de chaque administration.

» ART. IV. La présente convention entrera en vigueur à partir du 1^{er} septembre 1917 et pour une durée d'une

année, et sera renouvelée par tacite reconduction, si elle n'est pas dénoncée par une partie six mois à l'avance. »

C. — Contre cette décision, l'administration de *La Suisse* a formé un recours de droit public au Tribunal fédéral par mémoire déposé le 19 avril 1917.

Le même jour, les administrations des journaux *Le Journal de Genève* et la *Tribune de Genève* ont également recouru au Tribunal fédéral contre la même décision. Ces deux journaux ont un différend pareil à celui de la Société recourante avec le syndicat des vendeurs de journaux, et le tarif élaboré par la Commission des Prud'hommes leur est aussi applicable.

Les trois recourants ont déclaré se joindre aux considérations développées dans les mémoires respectifs des autres administrations de journaux. Il y a donc lieu de tenir compte dans l'examen du présent recours des conclusions formulées et des moyens invoqués dans ces différents mémoires.

Le recours est fondé sur les art. 2 disp. transit., 4 et 31 Const. féd. Il tend à faire :

1° prononcer que la loi genevoise du 26 mars 1904 est inconstitutionnelle ;

2° annuler la décision du 10 février 1917 du Département du Commerce et de l'Industrie ;

3° annuler en tout cas la décision du 26 février 1914 de la Commission centrale des Prud'hommes.

D. — Le syndicat des vendeurs de journaux, représenté, en vertu d'une procuration spéciale, par le sieur Nicolet, secrétaire ouvrier à Genève, a conclu à l'irrecevabilité du recours, en tout cas à son rejet comme mal fondé.

La Commission centrale des Prud'hommes a déclaré se rapporter au contenu des procès-verbaux de sa décision.

E. — La recourante a présenté une réplique et l'intimé une duplique.

Les différents moyens développés par les parties seront repris dans les considérants de droit ci-après.

Statuant sur ces faits et considérant
e n d r o i t :

... 2. — La recourante demande au Tribunal fédéral de prononcer que la loi de 1904 est inconstitutionnelle. Sous cette forme, ce chef de conclusions n'est pas recevable. La loi en question ne peut plus être attaquée directement puisque le délai de 60 jours à partir de sa promulgation est écoulé depuis plusieurs années. Mais, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la loi de 1904 peut être attaquée à propos de chaque application nouvelle (cf. RO 26 I p. 327 cons. 8). Le premier chef de recours est donc valable et recevable comme moyen à l'appui des conclusions tendant à l'annulation des décisions attaquées.

La loi du 26 mars 1904 est, dans ses dispositions essentielles, la reproduction d'une loi, portant le même titre, édictée le 10 février 1900. La constitutionnalité de cette loi de 1900 a été attaquée devant le Tribunal fédéral dans un recours basé également sur l'art. 2 disp. transit. Const. féd. Le Tribunal fédéral a écarté ce recours par arrêt du 20 septembre 1900 (RO 26 I p. 318 et suiv.). Si la loi cantonale et le droit fédéral étaient restés les mêmes qu'en 1900, on pourrait se borner à renvoyer à l'arrêt cité. Cette condition est remplie par la loi genevoise de 1904 qui, dans les dispositions intéressant le présent débat, est demeurée la même que celle de 1900. Mais le code fédéral des obligations a été révisé depuis lors. Il y a donc lieu d'examiner si la loi cantonale de 1904 est inconciliable avec les dispositions du droit fédéral actuellement en vigueur.

Dans son arrêt du 20 septembre 1900, le Tribunal fédéral considérait en première ligne que le législateur genevois n'a pas voulu édicter des dispositions de *droit privé*, mais simplement établir une instance et une procédure destinées à prévenir les conflits du travail, en posant à titre d'exemples et sans force obligatoire de

droit privé des « normes directrices » sur les questions de salaire, de durée de travail, etc., pouvant servir de base pour l'établissement de contrats de travail entre particuliers. Envisagée à ce point de vue, la loi genevoise apparaissait comme une loi de droit public avant tout et comme telle elle n'empiétait point sur les compétences législatives de la Confédération.

Il est certain que la loi genevoise est dans la plupart de ses dispositions une loi de juridiction et de procédure qui relève du droit public. Mais lorsque cette loi prescrit qu'à défaut de convention particulière, les conditions d'engagement « sont réglées par l'usage » (art. 1^{er}), qu'elle attribue « force d'usage » aux tarifs établis, à défaut d'entente entre les parties, « par des arbitres » (art. 1^{er} al. 2 et art. 2 litt. b) et que, dans son art. 14, elle dit que « l'usage ainsi déterminé », soit les tarifs élaborés par la commission d'arbitrage, « servira de base aux juridictions compétentes » pour juger les conflits de travail, lorsque la loi dispose ainsi, elle ne se borne pas à donner des directions aux parties, elle pose de véritables règles de droit privé, obligatoires dans certaines conditions pour les parties et pour les tribunaux. Il y a donc lieu d'examiner si, dans ces dispositions-là, le législateur genevois ne touche pas au droit privé et n'empiète point sur le domaine réservé au droit fédéral.

Le Tribunal fédéral s'est également placé à ce point de vue dans son arrêt de 1900. Il constate que le législateur fédéral a apporté lui-même un tempérament à son droit exclusif de légiférer sur le contrat de travail en abandonnant, dans une certaine mesure, à l'autonomie cantonale « les règles concernant la formation et la constatation de l'usage local », comme élément du contrat de travail. Dès lors, le Tribunal fédéral a admis que la loi genevoise, en édictant des règles applicables à titre d'usage, se trouvait sur le terrain que le code fédéral

des obligations lui avait réservé implicitement dans ses art. 342, al. 2, 344 et 346 al. 3.

De ces trois dispositions, citées par le Tribunal fédéral pour prouver que l'ancien CO avait laissé aux cantons la compétence pour codifier en quelque sorte les règles consacrées par l'usage local, les deux premières n'ont pas conservé cette réserve dans le code des obligations révisé (art. 346 et 350 nouveaux) ; la troisième l'a maintenue (art. 353 nouveau). En revanche, le nouveau droit des obligations a introduit toute une série de dispositions dans lesquelles l'usage est reconnu comme élément juridique dans le contrat de travail. Ce sont les art. 330, 333, 336, 338, 341, 344 et 353 al. 2. CO révisé. Le nouveau droit a donc fait à « l'usage » une part encore plus grande que ne l'avait fait l'ancien code des obligations. Cette extension est du reste en harmonie avec le principe de l'art. 5 CCS qui prévoit la réserve de l'usage et des usages locaux. Il est intéressant de constater que la plupart des dispositions du CO révisé, qui réservent l'usage, se rapportent au salaire, c'est-à-dire à une partie essentielle du contrat de travail. L'art. 330, notamment, en reconnaissant le salaire usuel au même titre que le salaire convenu, a donné à l'usage une importance essentielle puisque, dans les rapports juridiques entre employeur et employé, tout se ramène pratiquement à une question de salaire. Dans ces conditions, le raisonnement que le Tribunal fédéral a fait en 1900 conserve toute sa valeur aujourd'hui. En édictant ses dispositions sur le contrat de travail, le nouveau code, comme l'ancien, mais dans une plus forte mesure encore, « a abandonné à l'autonomie cantonale les règles concernant la formation et la constatation de l'usage local ». Le législateur genevois n'a donc pas excédé sa compétence en établissant, dans la loi de 1904, « des règles à suivre pour fixer les salaires, qui doivent, à défaut de convention particulière, faire règle pour un temps déterminé à titre de tarif d'usage ».

...4. — La compétence de la Commission d'arbitrage est contestée en principe par la recourante parce qu'en l'espèce il ne s'agirait pas d'un conflit entre employeur et employé, soit d'un contrat de travail, mais d'un contrat de vente. Pour que ce moyen de recours fût fondé, il faudrait que l'autorité cantonale eût admis arbitrairement l'existence d'un contrat de travail. C'est en effet une question de droit civil que de savoir quel caractère revêt le contrat conclu entre les administrations de journaux et les vendeurs. Cette question ne ressortit pas directement à la Cour de droit public du Tribunal fédéral, mais seulement indirectement pour la solution du point de savoir si la décision attaquée viole un principe constitutionnel.

La nature du contrat qui lie les parties est, à la vérité, discutable, mais le point de vue adopté par l'autorité genevoise peut se défendre par des arguments sérieux et n'apparaît point comme inconciliable avec les textes légaux définissant les deux contrats.

D'après l'art. 319 CO, le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé contre paiement d'un salaire.

Il y a également contrat de travail lorsque le salaire est payé d'après l'ouvrage livré et non pas calculé à l'heure ou à la journée, dès que l'employé est engagé ou occupé soit pour un temps fixé, soit pour une durée indéterminée.

L'élément principal de ce contrat, c'est l'existence d'un travail promis par l'employé à l'employeur dans l'intérêt de ce dernier. Ce travail est en l'espèce la vente du journal au numéro sur la rue. L'administration remet au vendeur un certain nombre d'exemplaires du journal pour qu'il les vende au public, et le vendeur, en recevant ces journaux, s'engage à les vendre de cette manière ; il promet donc ce travail. Cette obligation de vendre le journal au public est le trait caractéristique de la convention, qui le distingue du contrat de vente. Si le vendeur achetait le

journal, il en deviendrait propriétaire absolu et pourrait en disposer à son gré ; ce qui ne serait pas conforme à la convention.

L'élément de la durée existe également en l'espèce. A défaut d'engagement à plus long terme, il intervient un contrat de travail pour la vente de chaque numéro que le vendeur se fait délivrer par l'administration. Pendant le temps que dure cette vente, le vendeur travaille pour l'administration ; il est à son service. Ce contrat se renouvelle chaque jour par la remise et la réception du journal.

L'élément du salaire revêt dans le cas actuel une forme spéciale à cause de la nature et des conditions particulières du contrat. Mais ce genre de salaire rentre sous la définition de l'art. 319 ; c'est le salaire « d'après l'ouvrage livré ». Le vendeur reçoit tant par exemplaire vendu au public. Le fait que, selon le cas, il paie les numéros d'avance, au lieu de régler après la vente, n'est qu'une modalité destinée à faciliter le règlement de compte et qui n'altère point le caractère du salaire. Outre le salaire calculé sur la base d'une fraction du prix de vente, certaines administrations accordent aux vendeurs une indemnité fixe de tant par jour, paient leurs frais de déplacements, etc. Ces prestations pécuniaires ont le caractère de salaire et corroborent l'admission du contrat de travail.

La reprise des numéros invendus, consentie par certains journaux, est aussi caractéristique du contrat de travail.

De même la fixation des emplacements et des heures de vente. Le vendeur exécute ainsi une tâche pour l'administration et il ne fait pas du commerce pour son propre compte. Le contrôle exercé par des inspecteurs sur cette branche du service a la même signification. Enfin, l'interdiction de vendre d'autres journaux ou certains autres journaux en même temps que le journal qui est confié au vendeur, se concilie plus naturellement avec le contrat de travail qu'avec le contrat de vente.

Le fait que les vendeurs de journaux sont soumis à la patente de colportage est sans portée quant à la nature du contrat existant entre les vendeurs et les administrations de journaux. C'est une condition que les vendeurs doivent remplir à l'égard de l'Etat, qu'ils exercent leur profession comme marchands indépendants ou comme employés des administrations.

En conséquence, en se déclarant compétente pour statuer en l'espèce, en application de la loi de 1904, la Commission d'arbitrage n'a pas commis un déni de justice...

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté.

VII. KOMPETENZSCHEIDUNG ZWISCHEN ZIVIL- UND MILITÄRGERICHTSBARKEIT

DÉLIMITATION DE LA COMPÉTENCE RESPECTIVE DES TRIBUNAUX ORDINAIRES ET DES TRIBUNAUX MILITAIRES

40. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 21 décembre 1917 dans la cause Lang.

Délimitation de la compétence respective des tribunaux ordinaires et des tribunaux militaires : caractère définitif des décisions prises à cet égard par le Département militaire fédéral.

Le Ministère public fédéral a conclu au renvoi devant la Cour pénale fédérale des trois inculpés Alfred Lang,

Jean Locher et Georges Bonnet, pour contravention à l'art. 5 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 août 1914 et en outre — en ce qui concerne les deux premiers des prénommés — pour contravention à l'art. 3 de la même ordonnance et à l'art. 1 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 2 février 1917.

L'enquête avait été instruite par le Juge d'instruction près le Tribunal territorial 1, mais sur préavis conforme de l'Auditeur en chef de l'Armée le Département militaire fédéral, se fondant sur les art. 4 et 5 OJM, a décidé le 27 juin 1917 de déférer le jugement de la cause aux tribunaux civils, soit à la Cour pénale fédérale.

Par arrêt du 31 octobre 1917 la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral a ordonné le renvoi des trois inculpés devant la Cour pénale fédérale comme prévenus des infractions indiquées ci-dessus. Examinant la question de savoir si c'étaient les tribunaux militaires ou les tribunaux ordinaires qui étaient compétents, elle a admis la compétence de ces derniers, vu la décision rendue par le Département militaire en application des art. 4 et 5 OJM.

Devant la Cour pénale fédérale, Lang et Locher ont soulevé le déclinatoire en soutenant qu'ils étaient soumis à la juridiction des tribunaux militaires. La Cour pénale a écarté le déclinatoire, s'estimant liée par l'arrêt de renvoi de la Chambre d'accusation. Puis, statuant sur le fond, elle a acquitté Bonnet, acquitté Lang et Locher du chef de la contravention à l'art. 3 de l'ordonnance du 6 août 1914 et à l'art. 1 de l'ordonnance du 2 février 1917 et par contre elle les a déclarés coupables de contravention à l'art. 5 de l'ordonnance du 6 août 1914 et les a condamnés, Lang à six mois d'emprisonnement, à 1500 fr. d'amende et au bannissement pour une durée de deux ans, Locher à huit mois d'emprisonnement et à 300 fr. d'amende.

Lang a recouru en cassation contre cette décision ainsi que contre l'arrêt de renvoi. Il invoque le cas de cassation prévu à l'art. 149 litt. a CPP et conclut à ce que le