



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3996/2020-ABST

ACST/1/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Décision du 28 janvier 2021

sur effet suspensif

dans la cause

Madame A _____

et

ASSOCIATION SUISSE DES MAÎTRES COIFFEURS, SECTION GENÈVE

et

COIFFURESUISSE, ASSOCIATION SUISSE DE LA COIFFURE

représentées par Me Hubert Gilliéron, avocat

contre

GRAND CONSEIL

et

COMITÉ D'INITIATIVE IN 173

représenté par Me Christian Bruchez, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) Le 9 avril 2018 a été publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un avis selon lequel la communauté genevoise d'action syndicale (ci-après : CGAS) avait informé le Conseil d'État du lancement d'une initiative législative formulée intitulée : « 23 frs, c'est un minimum » (ci-après : IN 173) portant sur la modification de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

Les modifications à la LIRT se lisaient comme suit :

Art.1, al. 4 (nouveau)

⁴ Elle institue un salaire minimum afin de combattre la pauvreté, de favoriser l'intégration sociale et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine. Elle définit le rôle de l'office, de l'inspection paritaire et des autres autorités concernées dans la mise en oeuvre des dispositions de la présente loi sur le salaire minimum.

Art. 2, al. 1 et 5 (nouvelle teneur)

¹ Le département est chargé de l'application des dispositions légales mentionnées en préambule de la présente loi et des dispositions de la présente loi sur le salaire minimum, pour autant qu'elle ne soit pas expressément réservée ou attribuée à une autre autorité désignée par ces dernières, par la présente loi ou par d'autres lois cantonales.

⁵ L'office est suffisamment doté en personnel. Pour les tâches prévues aux chapitres II, IV, IVB et VI, il bénéficie d'au moins 1 poste d'inspecteur pour 10 000 salariés en se basant sur le répertoire des entreprises du canton de Genève visé à l'article 40, sous déduction des emplois publics.

Art. 23, al.2bis (nouveau) et al. 3 (nouvelle formulation)

^{2bis} Les usages ne peuvent en aucun cas prévoir un salaire minimum inférieur à celui fixé à l'article 39K.

³ Sauf exception reconnue par le Conseil de surveillance du marché de l'emploi, les conventions collectives de travail qui ont fait l'objet d'une décision d'extension sont réputées constituer les usages du secteur concerné. L'alinéa 2bis est réservé.

Chapitre IV B (nouveau) Salaire minimum

Art. 39I (nouveau) Champ d'application

Les relations de travail des travailleurs accomplissant habituellement leur travail dans le canton sont soumises aux dispositions du présent chapitre relatives au salaire minimum.

Art. 39J (nouveau) Exceptions

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables :

- a) aux contrats d'apprentissage au sens des articles 344 et suivants du code des obligations ;
- b) aux contrats de stage s'inscrivant dans une formation scolaire ou professionnelle prévue par la législation cantonale ou fédérale. le Conseil de surveillance du marché de l'emploi statue en cas de litige relatif à l'admission d'une exception au sens de la présente lettre ;
- c) aux contrats de travail conclus avec des jeunes gens de moins de 18 ans révolus.

Art. 39K (nouveau) Montant du salaire minimum

¹ Le salaire minimum est de 23 F par heure.

² Pour le secteur économique visé par l'article 2, alinéa 1, lettre d, de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr) du 13 mars 1964, le Conseil d'Etat peut, sur proposition du Conseil de

surveillance du marché de l'emploi, fixer un salaire minimum dérogeant à l'alinéa 1 dans le respect de l'article 1 alinéa 4.

³ Chaque année, le salaire minimum est indexé sur la base de l'indice des prix à la consommation du mois d'août, par rapport à l'indice en vigueur le 1er janvier 2018. Le salaire minimum prévu à l'alinéa 1 n'est indexé qu'en cas d'augmentation de l'indice des prix à la consommation.

⁴ Par salaire, il faut entendre le salaire déterminant au sens de la législation en matière d'assurance-vieillesse et survivants, à l'exclusion d'éventuelles indemnités payées pour jours de vacances et pour jours fériés.

Art. 39L (nouveau) Primauté par rapport aux salaires prévus par les contrats individuels, les conventions collectives et les contrats-type

Si le salaire prévu par un contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type est inférieur à celui fixé à l'article 39K, c'est ce dernier qui s'applique.

Art. 39M Contrôle (nouveau)

¹ L'office et l'inspection paritaire des entreprises sont compétents pour contrôler le respect par les employeurs des dispositions du présent chapitre.

² Tout employeur doit pouvoir fournir en tout temps à l'office ou à l'inspection paritaire un état détaillé des salaires versés à chaque travailleur et du nombre correspondant d'heures de travail effectuées.

Art. 39N Sanctions (nouveau)

¹ Lorsqu'un employeur ne respecte pas le salaire minimum prévu à l'article 39K, l'office peut prononcer une amende administrative de 30 000 F au plus. Ce montant maximal de l'amende administrative peut être doublé en cas de récidive.

² L'office peut également mettre les frais de contrôle à la charge de l'employeur.

³ Lorsque l'employeur est une entreprise visée par l'article 25, les autres sanctions prévues à l'article 45 peuvent également être prononcées.

⁴ L'office établit et met à jour une liste des employeurs faisant l'objet d'une décision exécutoire. Cette liste est accessible au public.

Art. 45, al. 1 (nouvelle teneur)

¹ Lorsqu'une entreprise visée par l'article 25 ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage ou le salaire minimum prévu à l'article 39K, l'office peut prononcer :

- a) une décision de refus de délivrance de l'attestation visée à l'article 25 pour une durée de 3 mois à 5 ans. La décision est immédiatement exécutoire ;
- b) une amende administrative de 60 000 F au plus ;
- c) l'exclusion de tous marchés publics pour une période de 5 ans au plus.

- 2) Le 18 juin 2018, le comité d'initiative a déposé les signatures nécessaires.
- 3) Par arrêté du 31 octobre 2018 publié dans la FAO le 2 novembre 2018, le Conseil d'État a constaté l'aboutissement de l'initiative.
- 4) Par arrêté du 27 février 2019 publié dans la FAO du 1^{er} mars 2019, le Conseil d'État a admis la validité de l'initiative.
- 5) Par vote du 31 octobre 2019 publié dans la FAO le 1^{er} novembre 2019, le Grand Conseil a rejeté l'initiative et refusé de lui opposer un contreprojet.
- 6) Lors de la votation populaire du 27 septembre 2020, l'IN 173 a été acceptée par 58,16 % de OUI. Ce résultat a été validé par arrêté du Conseil d'État du 14 octobre 2020, publié dans la FAO du 16 octobre 2020.

- 7) Par arrêté du 28 octobre 2020 publié dans la FAO du 30 octobre 2020, le Conseil d'État a promulgué la nouvelle correspondant au texte de l'IN 173.

Conformément à l'arrêté précité, la nouvelle est entrée en vigueur le lendemain, soit le 31 octobre 2020.

- 8) Madame A_____, née en 1983, est de nationalité portugaise et habite B_____. Elle exploite en entreprise individuelle le salon de coiffure C_____, sis rue D_____ à Genève, où elle a une employée et une apprentie.

CoiffureSUISSE, Association suisse de la coiffure (ci-après : CoiffureSUISSE) est une association ayant son siège à Berne, et dont le but statutaire est de sauvegarder et représenter les besoins de la branche de la coiffure en général, et ceux de ses membres en particulier, et de remplir des tâches communes dans toute la Suisse, conjointement avec ses sections.

L'Association suisse des maîtres coiffeurs, section de Genève (ci-après : ASMC-GE) est une association ayant son siège au domicile commercial du président en fonction, soit actuellement à Genève, et a pour but statutaire de réunir dans un esprit de solidarité et sans distinction de nationalité les coiffeurs établis dans le canton de Genève, et de s'occuper de manière générale de leurs intérêts économiques et professionnels.

- 9) Par acte déposé le 27 novembre 2020, Mme A_____, CoiffureSUISSE et l'ASMC-GE, représentées par le même conseil, ont interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre la nouvelle issue de l'IN 173, concluant à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif au recours, et principalement au constat que le nouvel art. 39J LIRT inclut une exception pour les contrats de travail conclus avec de jeunes travailleurs au cours des quatre premières années « consécutives à la sortie » de leur apprentissage, subsidiairement à l'annulation de toutes les dispositions de la nouvelle, le tout « avec suite de frais judiciaires et dépens ».

L'introduction d'un salaire minimal de CHF 23.- de l'heure était susceptible de bouleverser l'organisation de la branche et de sa filière de formation. En cas de refus de l'effet suspensif, l'entrée en vigueur du texte de l'IN 173 entraînerait la nécessité d'adapter immédiatement les salaires de nombreux travailleurs actifs dans la coiffure, en particulier les travailleurs non qualifiés ainsi que les jeunes en sortie d'apprentissage. La revalorisation salariale était sensible, dès lors qu'elle oscillait entre 6 % et 27 % par rapport aux minima prévus par la convention collective de travail (ci-après : CCT), voire entre 23 et 27 % si l'on maintenait les différences prévues par la CCT. Il s'agissait donc d'une refonte entière du système et non d'une simple adaptation.

Une mise en œuvre immédiate des dispositions contestées pourrait avoir des effets néfastes (perte d'emplois, précarisation, faillites, délocalisations hors de Genève notamment) que le succès d'un recours ne pourrait pas nécessairement compenser.

Sur le fond, il y avait lieu de constater que les exceptions prévues par le nouvel art. 39J LIRT devaient s'interpréter extensivement, de manière à permettre de déroger au salaire minimum dans le domaine de la coiffure pendant une durée de quatre ans au sortir de l'apprentissage, soit la durée nécessaire pour obtenir une formation supérieure dans le domaine de la coiffure, tels que le brevet fédéral ou la maîtrise fédérale.

Sans une telle interprétation, la chambre constitutionnelle devrait annuler l'ensemble des dispositions de l'IN 173, qui étaient contraires au droit supérieur, notamment à la liberté économique. En effet, l'IN 173 n'amènerait pas à des revalorisations salariales mais à des pertes d'emploi pour les moins qualifiés, à une précarisation pour les autres, et à la destruction de la filière de formation genevoise. De plus, le montant horaire minimal de CHF 23.- ne satisfaisait pas aux critères posés par le Tribunal fédéral, les modalités de calcul du salaire horaire minimal admissible n'étant pas anodines mais permettant au contraire la délimitation entre mesures de politique sociale et mesures de politique économique.

- 10) Le 7 décembre 2020, le Grand Conseil s'en est rapporté à justice.

La loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC - B 1 01) lui faisait obligation de défendre devant les instances judiciaires les lois telles qu'elles étaient issues des travaux du Grand Conseil. Or l'IN 173 avait été refusée par le Grand Conseil.

- 11) Le 16 décembre 2020, le comité d'initiative a conclu au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif.

L'effet suspensif sollicité aurait pour effet de paralyser entièrement les effets d'une loi adoptée à une large majorité en votation populaire, et applicable depuis le 30 octobre 2020 sur le territoire du canton, ce qui irait très nettement au-delà des conclusions principales du recours, lesquelles ne visaient que les contrats de travail des employés du secteur de la coiffure durant les quatre années suivant la fin de l'apprentissage.

Au regard des conclusions subsidiaires en annulation de l'ensemble des dispositions de la nouvelle, les chances de succès du recours n'apparaissent pas, *prima facie*, manifestes. Le montant de CHF 23.- l'heure n'avait pas été justifié sur la base des critères applicables à l'aide sociale genevoise, mais sur la base des montants déterminants forfaitaires en matière de prestations complémentaires, qui étaient plus élevés dans le canton de Genève que dans le canton de Neuchâtel, dont la situation

avait été examinée par le Tribunal fédéral. Il était conforme aux critères posés par ce dernier, et le Conseil d'État, dans son arrêté du 27 février 2019 non contesté devant la chambre constitutionnelle, avait admis la conformité du texte à la liberté économique. L'argumentation sur les prétendus effets pervers du salaire minimum, si elle pouvait avoir sa place dans la campagne politique précédant la votation, ne constituait pas une argumentation juridique pouvant avoir une incidence sur l'issue du litige constitutionnel.

- 12) Le 23 décembre 2020, les recourants ont persisté dans leur demande d'octroi de l'effet suspensif.

Les chances de succès du recours étaient manifestes. Il n'y avait à ce stade pas lieu d'analyser chacune des conclusions prises individuellement et à limiter l'effet suspensif aux seuls contours dessinés par les conclusions principales.

Il résultait de l'arrêt de principe du Tribunal fédéral sur la question qu'il convenait de recourir à des critères aussi homogènes et objectifs que possibles afin d'éviter des régionalismes préjudiciables. Or les prestations sociales – sur lesquelles s'appuyait le calcul du montant minimal horaire de CHF 23.- – étaient fondées sur le lieu de domicile du bénéficiaire, tandis que le salaire était fondé sur le lieu où se déployait l'activité professionnelle.

- 13) Sur ce, la cause a été gardée à juger sur la question de l'effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) La recevabilité du recours sera examinée dans l'arrêt au fond. Il apparaît toutefois d'ores et déjà que la recevabilité de la conclusion principale des recourants, à savoir un constat interprétatif, est des plus douteuses. En effet, si un tel constat constitue un bénéfice pouvant être recherché dans le cadre d'un recours en contrôle abstrait des normes, une conclusion constatatoire ne peut, selon la jurisprudence, être admissible que si des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues (ATF 141 II 113 consid. 1.7 et la jurisprudence citée ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_56/2020 du 2 juillet 2020 consid. 2.3), étant précisé qu'en l'espèce les conclusions subsidiaires des recourants sont précisément de type condamnatoire.
- 2) Les mesures provisionnelles, y compris celles sur effet suspensif, sont prises par le président ou le vice-président ou, en cas d'urgence, par un autre juge de la chambre constitutionnelle (art. 21 al. 2 et 76 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 3) a. Selon l'art. 66 LPA, en cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'État, le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 2) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, restituer l'effet suspensif (al. 3). D'après l'exposé des motifs du

projet de loi portant sur la mise en œuvre de la chambre constitutionnelle, en matière de recours abstrait, l'absence d'effet suspensif automatique se justifie afin d'éviter que le dépôt d'un recours bloque le processus législatif ou réglementaire, la chambre constitutionnelle conservant toute latitude pour restituer, totalement ou partiellement, l'effet suspensif lorsque les conditions légales de cette restitution sont données (PL 11311, p. 15).

b. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2014 du 14 mai 2014 consid. 4.1), l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'octroi de mesures provisionnelles – au nombre desquelles figure l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). En matière de contrôle abstrait des normes, l'octroi de l'effet suspensif suppose en outre généralement que les chances de succès du recours apparaissent manifestes (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, *Code annoté de procédure administrative genevoise*, 2017, n. 835 ss ; Claude-Emmanuel DUBEY, *La procédure de recours devant le Tribunal fédéral*, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, 137-178, p. 167).

- 4) En l'espèce, le texte légal contesté est entré en vigueur le 31 octobre 2020, soit il y a presque trois mois, et la nouvelle était déjà applicable depuis presque un mois lorsque le recours a été déposé. Dans la mesure où la cause sera vraisemblablement gardée à juger à la fin du mois de février 2021, et donc jugée assez prochainement, il ne se justifierait guère, d'un point de vue temporel, d'octroyer l'effet suspensif au présent recours, avec le risque, en cas de rejet de ce dernier, de se trouver face à deux périodes d'applicabilité desdites normes entrecoupées d'une période de non-applicabilité, ce qui compliquerait indûment le paiement des salaires pour de très nombreuses entreprises du canton.

De plus, les chances de succès du recours n'apparaissent à première vue pas si manifestes qu'elles permettent de surseoir à la règle voulant qu'une demande de

contrôle abstrait des normes ne soit pas assortie de l'effet suspensif. En effet, plusieurs questions juridiques ont été réglées par l'ATF 143 I 403 et ne font pas l'objet de griefs dans le cadre de la présente procédure, telles la conformité au principe de la liberté économique, ou le respect de normes fédérales comme l'art. 357 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) ou celles contenues dans la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11).

Reste ainsi principalement litigieux le calcul du montant horaire minimal de CHF 23.-. Cela étant, *prima facie* et sous réserve d'un examen plus détaillé des arguments des parties sur ce point, les critères utilisés par le comité d'initiative semblent compatibles avec les exigences posées par le Tribunal fédéral dans l'ATF 143 I 403 au consid. 5.6. Quant aux arguments des recourants sur les effets pervers prévisibles de la nouvelle réglementation, spécialement dans leur branche économique, ils sont de nature essentiellement politiques et ne devraient, toujours à première vue, pas avoir d'effets sur la résolution du présent litige.

Il résulte de ce qui précède que la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours sera rejetée.

- 5) Le sort des frais sera quant à lui réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Hubert Orso Gilliéron, avocat des recourantes, au Grand Conseil ainsi qu'à Me Christian Bruchez, avocat du comité d'initiative de l'IN 173.

Le président :

Jean-Marc Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :