

Proposition

d'une définition de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée

au sens des articles 1a LECCT et 360a CO

Observatoire genevois du marché du travail (OGMT)

Novembre 2008

**Proposition d'une définition de la notion
de sous-enchère salariale abusive et répétée
au sens des articles 1a LECCT et 360a CO**

Avant-propos	3
Remarques liminaires	5
1. Réglementation en matière de marché du travail	5
2. Le salaire usuel ou en usage	7
2.1 Notion de salaire en usage	7
2.2 Distinction par rapport à la notion de salaire minimum	8
3. Définition des trois termes composant la notion de sous-enchère abusive et répétée.....	9
3.1 Notion de sous-enchère	9
3.2 Qualification d'abusives	9
3.3 Qualification de répétée	9
4. Etats de faits et moyens de régulation	10
4.1 Cas de sous-enchère non abusive et non répétée	10
4.2 Cas de sous-enchère abusive non répétée	10
4.3 Cas de sous-enchère abusive et répétée	10
5. Conclusion	11
Annexe I Représentation schématique du processus de détection et de régulation des cas de sous-enchère salariale abusive et répétée	13
Annexe II Articles 1a de la LECCT et 360a du CO	14
Annexe III Liste des abréviations	15

Avant-propos

Organe technique, l'Observatoire genevois du marché du travail (OGMT) a été mis sur pied en 2001 par le Conseil d'Etat, avec l'appui des partenaires sociaux. L'OGMT mobilise les compétences respectives de trois partenaires : l'Office cantonal de la statistique (OCSTAT), le Laboratoire d'économie appliquée (LEA) de l'Université de Genève et l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT). L'OCSTAT est le répondant de l'OGMT ; il assure aussi son secrétariat ainsi que la maintenance et le développement de son site Internet. L'OGMT est rattaché au Conseil de surveillance du marché de l'emploi (CSME) qui, en tant que commission tripartite cantonale, est l'autorité compétente en matière de politique générale du marché du travail à Genève.

Depuis 2004, la loi sur l'inspection et les relations du travail (LIRT) fixe la mission, l'organisation, le rôle et le mode de fonctionnement de l'OGMT. Celui-ci est l'un des instruments instaurés dans le cadre des mesures d'accompagnement prévues par les accords bilatéraux sur la libre circulation des personnes entre l'Union européenne et la Suisse. Ces mesures permettent notamment une extension facilitée des conventions collectives de travail (CCT) et la possibilité d'édicter des contrats-types de travail (CTT) comprenant des salaires minimaux obligatoires, à condition qu'une sous-enchère salariale abusive et répétée soit constatée par rapport aux salaires usuels (ou en usage)¹.

Les deux notions de *salaire usuel* (ou en usage) et de *sous-enchère abusive et répétée* sont au centre du dispositif de régulation du marché du travail prévu par les mesures d'accompagnement. L'OGMT a traité de la première dès sa mise sur pied ; il analyse la seconde dans la présente étude.

En effet, l'OGMT a mis au point une méthode originale pour l'estimation des *salaires en usage* basée sur une équation économétrique développée par le LEA, intitulée « Méthode d'estimation du salaire en usage individualisé » (en référence aux résultats obtenus) ou « Méthode de l'équation des salaires » (en référence au mode de calcul utilisé). Cette méthode a été présentée dans une publication de l'OGMT en 2003 (*Proposition d'une mesure du salaire en usage*). Compte tenu de l'intérêt de la proposition, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a financé sa traduction en allemand. Cette méthode est, depuis lors, utilisée par plusieurs cantons.

L'autre notion centrale, celle de *sous-enchère abusive et répétée* , n'a pas été définie a priori par le législateur, parce qu'il s'agit d'une notion relative et qu'il appartient aux commissions tripartites de constater les situations d'abus et leur potentiel de propagation.

Pour faciliter la mise en œuvre des mesures d'accompagnement par le CSME, l'OGMT a souhaité clarifier cette notion en procédant à une analyse méthodique s'appuyant sur une double approche économique et juridique. Systématique, cette approche permet aussi de retracer le processus de détection de sous-enchère abusive et répétée, qui peut être résumé sous la forme d'un diagramme comme présenté à l'annexe I. La démarche suivie permet également de mettre en relation les divers types de sous-enchère salariale, leurs effets sur le marché du travail et les moyens de régulation correspondants à disposition. Par cette analyse, l'OGMT participe à la clarification de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée au sens des articles 1a LECCT et 360a CO ainsi qu'à la détermination des circonstances économiques permettant la mise en œuvre de ces dispositions.

Après la « Proposition d'une mesure du salaire en usage », la « Proposition d'une définition de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée » de l'OGMT contribue à faciliter la mise en œuvre des mesures d'accompagnement en concrétisant ces deux notions centrales.

¹ L'activité de l'OGMT ne se limite pas à l'application des mesures d'accompagnement puisque ses observations permettent également d'établir des usages professionnels en vigueur dans certaines branches, cela dans le cadre de la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services définie par la loi cantonale correspondante.

Cette proposition présentée de façon synthétique, claire et concise, a requis une longue période de maturation. Il sied de remercier très chaleureusement ses auteurs :

Mme Ingrid Unterlerchner, de l'OCIRT, MM. Giovanni Ferro Luzzi, Yves Flückiger et Roman Graf, de l'Université de Genève, ainsi que :

MM. Christian Ducret et Daniel Golaz, de l'OCIRT, MM. Didier Benetti et Roland Rietschin, de l'OCSTAT, qui, au sein de l'OGMT, ont discuté de façon approfondie de ce document et participé activement à sa genèse.

Afin de garantir au mieux la qualité de sa proposition, et pour qu'elle constitue une référence fiable et constructive, l'OGMT en a soumis l'avant-projet à une commission d'experts², laquelle en a approuvé la teneur. Finalement, le document a été présenté au CSME, lequel a approuvé sa version définitive à l'unanimité. Tant les experts consultés que les partenaires sociaux représentés au CSME ont contribué de façon utile et positive à la bonne facture du document final. Qu'ils soient ici très cordialement remerciés.

Dominique Frei

directeur de l'OCSTAT
répondant de l'OGMT

² La commission d'experts était composée de M. Gabriel Aubert, professeur à l'Université de Genève ; M. Serge Gaillard, chef de la direction du travail au SECO ; M. Christian Goumaz, secrétaire général du Département de la solidarité et de l'emploi, et M. Jean-Bernard Waeber, avocat au barreau de Genève.

Remarques liminaires

Dans le cadre de l'ouverture du marché suisse du travail, le législateur a révisé la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (ci-après : LECCT) ainsi que le Code des obligations (ci-après : CO). Il a adopté, à titre de mesure d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ci-après : ALCP), les articles 1a LECCT et 360a CO³. Ces dispositions légales permettent, par le biais de conventions collectives de travail étendues, respectivement de contrats-types de travail, d'introduire, conformément à leur libellé, des salaires minimaux impératifs en cas de *sous-enchère salariale abusive et répétée*. Cette notion, centrale pour la mise en œuvre des moyens de régulation, n'a pas encore été clairement définie. Lors de la session des Chambres fédérales du mois d'août 1999, le conseiller fédéral Pascal Couchepin considérait lui-même que cette notion ne pouvait pas être définie *in abstracto* :

« *Nous nous sommes efforcés de définir un abus, et je suis arrivé à la conclusion que j'ai présentée l'autre jour à un groupe que l'abus, c'est comme le mal en théologie: impossible à définir. [...] Par contre, chacun sait ce qu'est le mal; chacun sait lorsqu'on est sur le terrain de la réalité sociale ce que peut être un abus salarial qui aurait pour effet de provoquer un effondrement des salaires dans une région. C'est à cela que nous visons.* »⁴

Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires que le législateur a renoncé volontairement à une définition legaliste, dans le dessein de laisser un large pouvoir d'interprétation et d'appréciation aux autorités locales et, en particulier, à la commission tripartite, qui joue un rôle essentiel à cet égard. C'est en effet à cette commission que le législateur a délégué la compétence d'observer le marché du travail, d'identifier ses défaillances et de proposer, s'il y a lieu, des moyens de réglementation. En recourant à une notion juridique indéterminée, le législateur entendait expressément favoriser l'émergence de solutions pratiques et donner aux nouveaux instruments juridiques la souplesse nécessaire pour leur application aux cas concrets susceptibles de se présenter⁵.

Les points 1 et 2 du document sont consacrés à la problématique de la réglementation du marché du travail ainsi qu'à la notion de salaire usuel. Les trois termes qui composent la notion de sous-enchère abusive et répétée sont définis au point 3. Les différents états de faits susceptibles de se manifester sur le marché du travail, assortis des moyens de régulation à disposition des autorités et des particuliers, font l'objet du point 4. Enfin, au point 5, en guise de conclusion, est rappelée la complexité des facteurs à prendre en considération, qui justifie le large pouvoir d'appréciation des commissions tripartites, tout en mettant en évidence le processus de détection de sous-enchère salariale abusive et répétée dont les étapes sont énumérées dans un schéma méthodologique à l'annexe I.

1. Réglementation en matière de marché du travail

L'OGMT souhaite développer ici l'intérêt que représentent les dispositions légales permettant la régulation du marché. En effet, livré à lui-même, un marché n'aboutit pas toujours à une allocation optimale des ressources garante de la maximisation du bien-être de la collectivité. Ces distorsions peuvent être corrigées par une intervention de l'Etat qui vise l'intérêt commun⁶. On peut évoquer à cet égard la loi sur les cartels. Cette réglementation permet d'éviter que des entreprises dominantes n'abusent de leur position sur le marché pour imposer aux consommateurs des prix plus élevés que ceux générés par le libre exercice de la concurrence. Les prix pratiqués sur un marché ne sont donc pas toujours le reflet d'un fonctionnement efficace de celui-ci.

Ce qui est vrai pour un marché simple, comme celui d'un bien produit, l'est *a fortiori* pour le marché du travail. En effet, ce marché peut être caractérisé par une absence d'homogénéité et de transparence, un pouvoir de marché détenu par l'employeur et une mobilité réduite du travailleur.

³ Voir annexe II, articles 1a LECCT et 360a CO.

⁴ Bulletin officiel du Conseil des Etats, session d'août 1999, p. 666 (ci-après : BOCE 1999 666).

⁵ Voir déclaration du conseiller fédéral Couchepin, BOCE 1999 665 et 673, notamment : "ces dispositions [...] ne visent pas le but de poursuivre des abus de droit, mais de poursuivre des abus qui provoquent l'effondrement des salaires".

⁶ Etienne Grisel, *Liberté économique*, éd. Stämpfli, Berne, 2006, N 230.

Ces lacunes potentielles du marché du travail constituent des obstacles à son bon fonctionnement. Ainsi, la segmentation du marché du travail⁷ ou le pouvoir de monopsonne⁸ que certaines entreprises détiennent sur le marché local ou régional de travail où elles sont peu nombreuses à embaucher de la main-d'œuvre pour une profession donnée sont à l'origine de lacunes de marché. Ces défaillances sont susceptibles d'être renforcées par l'ouverture du marché suisse du travail à un bassin beaucoup plus large de main-d'œuvre, rendant nécessaire l'intervention régulatrice de l'Etat.

Sur le marché du travail, ces lacunes peuvent accroître les inégalités salariales, réduire le pouvoir d'achat des travailleurs, générer du chômage et, partant, compromettre la paix sociale. Mais, à terme, ces défaillances se répercutent également sur le tissu économique du pays. Elles peuvent se traduire par une baisse substantielle, en termes réels, du niveau salarial général, ce qui va à l'encontre du développement des branches à forte valeur ajoutée. En effet, si les salaires sont trop bas, le marché suisse perd en attractivité pour la main-d'œuvre qualifiée. Les articles 1a LECCT et 360a CO permettent non seulement de poursuivre un but de politique sociale, mais également de politique économique⁹. La mise en œuvre de ces dispositions permet dès lors, d'une part, d'éviter que la compétition ne se fasse à travers les salaires et, d'autre part, de favoriser le développement des branches à forte valeur ajoutée, lesquelles constituent un avantage essentiel pour l'économie suisse face à celle des autres Etats.

Cela étant précisé, il convient de relever d'emblée que ces nouveaux instruments juridiques n'ont pas pour vocation de fixer pour une durée indéterminée et de manière générale des salaires minimaux¹⁰. La réglementation ne peut en effet être adoptée qu'en cas d'abus qualifié pour une durée limitée, à savoir le temps nécessaire au rétablissement d'une situation normale sur le marché de référence. Enfin, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que, bien qu'élaborés dans le cadre des mesures d'accompagnement à l'ALCP, les nouveaux articles de la LECCT, respectivement du CO peuvent être mis en œuvre indépendamment de l'origine de la défaillance du marché; il n'est donc nullement nécessaire que l'ouverture du marché du travail suisse en soit la cause.

⁷ La segmentation se réfère à une situation où les emplois recensés sur le marché du travail sont divisés en plusieurs segments bien distincts séparés par des barrières légales, institutionnelles ou économiques qui empêchent la main-d'œuvre de passer librement d'un segment à l'autre. A titre illustratif, citons une segmentation en deux sous-marchés du travail où le premier segment est caractérisé par des emplois bien rémunérés, avec des risques de chômage faible, des chances élevées de promotion et une forte progression des salaires en fonction de l'expérience ou de l'ancienneté. Le segment secondaire est, quant à lui, caractérisé par des emplois peu rémunérés, une forte rotation de la main-d'œuvre et un risque de chômage élevé, sans perspective de promotion.

⁸ Une entreprise est en situation de monopsonne si elle se trouve être la seule, sur un marché local du travail, à embaucher du personnel ayant des qualifications bien précises, tel un grand hôpital, unique demandeur de la région à offrir des emplois relevant du domaine médical (p. ex. aides-soignants, infirmiers, anesthésistes). Par extension, une entreprise détient un pouvoir de monopsonne lorsqu'elle peut influencer le salaire à la baisse des travailleurs sans risquer de perdre tous ses employés, comme par exemple une usine dans une vallée retranchée, unique demandeur de la région à offrir des emplois salariés.

⁹ Voir déclaration du conseiller fédéral Couchepin, BOCE 1999 664 : "Ces mesures d'accompagnement visent aussi à éviter que l'on transforme occasionnellement la Suisse en une place de travail bon marché, où les activités à moindre valeur ajoutée reviennent [...] La Suisse ne doit pas devenir un pays où la compétition se fait à travers le salaire".

¹⁰ Voir déclaration du conseiller fédéral Couchepin, BOCE 1999 731 : "Le but des nouvelles dispositions [...] vise à permettre une intervention étatique permettant de rétablir la situation. Il n'est en aucun cas question de permettre la fixation générale et préventive de salaires minimaux dans toutes les branches qui ne connaissent pas une convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires".

2. Le salaire usuel ou en usage

Conformément aux libellés des articles 1a LECCT et 360a CO, le salaire usuel (ou salaire en usage) est la valeur de référence par rapport à laquelle la sous-enchère salariale doit être examinée. Pour l'appréciation de chaque cas, la commission tripartite devra donc procéder à une comparaison.

Le salaire en usage constitue dès lors une notion clé. C'est la raison pour laquelle une réflexion approfondie a été menée à Genève, au sein de l'OGMT, dès sa création en janvier 2002, en prévision de l'entrée en vigueur de l'ALCP et des mesures d'accompagnement. Le résultat de cette réflexion a abouti à une méthode basée sur l'observation, dite objective, qui depuis a été adoptée par cinq autres cantons¹¹. L'OGMT a présenté sa méthode dans une publication éditée en 2003¹²; les aspects principaux de cette méthode et ce qui distingue le salaire usuel du salaire minimum sont brièvement rappelés ici.

2.1 Notion de salaire en usage

La méthode élaborée par l'OGMT pour l'estimation du salaire en usage est basée sur une équation économétrique développée par le Laboratoire d'économie appliquée (LEA)¹³. La méthode est fondée sur une analyse multivariée et utilise les données disponibles dans une source statistique de référence, à savoir l'enquête suisse sur la structure des salaires¹⁴ (ci-après : LSE). Cette enquête est menée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) tous les deux ans pour tenir compte de l'évolution du marché. Pour que le canton de Genève dispose de données représentatives, l'échantillon des entreprises genevoises du secteur privé participant à l'enquête a été élargi¹⁵. Cela permet d'appliquer la méthode définie par l'OGMT¹⁶.

Pour l'analyse multivariée, la méthode utilise tous les critères disponibles dans l'enquête suisse sur la structure des salaires et usuellement appliqués par les employeurs pour fixer les salaires, à savoir *le secteur d'activité, le niveau des qualifications requises pour le poste, la position professionnelle, le niveau de formation, l'ancienneté et l'âge* (comme substitut à l'expérience professionnelle). L'équation économétrique permet quant à elle de mesurer l'effet de chacun de ces éléments et, par conséquent, d'exprimer les niveaux des salaires individuels observés en fonction des *caractéristiques propres à chaque salarié, au poste de travail occupé et à l'entreprise*. Selon la méthode OGMT, il n'y a donc pas un salaire usuel qui s'appliquerait à une catégorie d'employés, mais un salaire en usage correspondant à chaque profil de salarié.

Le salaire en usage individualisé est ensuite exprimé sous forme de fourchette salariale afin de tenir compte des différentes pratiques de rémunération adoptées par les entreprises du secteur considéré¹⁷.

¹¹ Vaud, Neuchâtel, Lucerne, Bâle-Ville et Fribourg.

¹² OGMT, "Proposition d'une mesure du salaire en usage", éd. OGMT, Genève 2003. Ce document est disponible, en français et en allemand, sur le site Internet de l'OGMT (<http://www.geneve.ch/ogmt/welcome.asp>). Il convient en outre de préciser que l'OGMT a également mis en ligne sur son site, en décembre 2006, un calculateur de salaire. Ce calculateur est exclusivement destiné à un usage grand public, il n'a pas pour vocation de fournir des résultats de référence pour l'établissement du salaire en usage.

¹³ Le LEA est rattaché à la faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève. Il a été créé en 1991 pour répondre à des demandes émanant d'administrations, d'associations et d'entreprises, tant publiques que privées, relatives à des problèmes économiques concrets.

¹⁴ L'enquête suisse sur la structure des salaires, en allemand "Lohnstrukturerhebung" (LSE), est réalisée tous les deux ans, depuis 1994. Les résultats peuvent être consultés sur le site Internet de l'Office fédéral de la statistique (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04.html>).

¹⁵ La taille de l'échantillon dépasse les 75 000 salariés, ce qui représente plus d'un salarié sur trois employés dans le secteur privé

¹⁶ Lorsque, malgré tout, la source statistique de référence n'est pas à même de fournir les données nécessaires à l'estimation du salaire en usage, celles-ci sont directement collectées sur le terrain dans le cadre de l'observation du marché du travail (voir par exemple l'enquête menée dans le secteur des primeurs en gros, respectivement de l'esthétique).

¹⁷ Conformément à la méthode de l'OGMT, l'étendue de la fourchette peut varier selon l'homogénéité des pratiques salariales observées sur le marché.

La fourchette salariale, valant salaire en usage, est actualisée tous les deux ans pour tenir compte de l'évolution économique générale et de celle des divers secteurs. A cet égard, il convient de relever qu'une éventuelle baisse du salaire en usage n'est pas nécessairement à mettre sur le compte de l'abandon ou de modifications des critères habituels de fixation des salaires¹⁸. En effet, d'autres facteurs conjoncturels ou structurels sont susceptibles de faire évoluer la rémunération, à la baisse comme à la hausse.

En résumé, selon la méthode OGMT, le salaire en usage est estimé à partir des critères disponibles dans la LSE et usuellement utilisés pour fixer le niveau des rémunérations; il est compris dans une fourchette délimitée par un pourcentage variant en fonction de l'homogénéité des pratiques salariales considérées. Selon la méthode OGMT, il existe par conséquent autant de salaires en usage (ou plus précisément de fourchettes salariales) qu'il y a de personnes occupées ou de profils individuels différents au sein d'une entreprise. La méthode OGMT se distingue à cet égard d'une approche plus classique basée sur les écarts à la médiane. L'avantage de l'analyse multivariée est de permettre l'estimation de salaires en usage individualisés, ce qui favorise le traitement des cas d'espèce examinés par la commission tripartite.

2.2 Distinction par rapport à la notion de salaire minimum

La notion de salaire en usage ne doit pas être confondue avec le salaire minimum prescrit dans une convention collective (CCT), un contrat-type de travail (CTT) ou un document établissant les conditions minimales de travail en usage dans la profession¹⁹.

Cela s'explique par le fait que les salaires minimaux, même ceux déterminés suite à une enquête de terrain, ne tiennent pas compte, ou dans une moindre mesure seulement, du profil particulier des travailleurs concernés. De plus, ils se réfèrent à un minimum, qui n'est en principe appliqué qu'au moment de l'embauche. Enfin, ces montants ne sont pas toujours actualisés et ne déterminent pas nécessairement la politique salariale des entreprises. Dès lors, ils ne correspondent pas forcément aux salaires effectifs, usuellement pratiqués dans la branche concernée²⁰.

Pour vérifier les conditions d'application des articles 1a LECCT, respectivement 360a CO, la commission tripartite doit se fonder sur les salaires en usage. La prise en considération d'éventuels salaires minimaux intervient, quant à elle, au terme du processus. Il en résulte que le salaire en usage auquel est comparé la pratique salariale suspecte peut être plus élevé que le salaire minimum impératif adopté, le cas échéant, par la commission tripartite en application des articles précités.

¹⁸ D'un point de vue statistique, l'abandon des critères habituels de fixation des salaires se traduirait par une modification notable de la valeur attribuée aux dits critères.

¹⁹ Ces documents, établis par l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT), fixent les conditions de travail minimales qui doivent être respectées par les entreprises actives sur des marchés publics et/ou qui emploient de la main d'œuvre étrangère soumise à autorisation (travailleurs étrangers non couverts par l'ALCP).

²⁰ La position de l'OGMT se distingue à cet égard de l'approche initiale du SECO, qui compte les salaires minimaux parmi les sources possibles du salaire usuel. Voir à cet égard le document de travail intitulé : « Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes : Journée de formation à l'intention des commissions tripartites », Lausanne, 18 mars 2004, notamment p. 3.

L'approche de l'OGMT se distingue également du schéma présenté par Daniel Oesch, Secrétaire central USS, dans le cadre du programme de formation organisé par le SECO intitulé "FlaM-inspecteurs", des 11 et 12 décembre 2006.

3. Définition des trois termes composant la notion de sous-enchère abusive et répétée

3.1 Notion de sous-enchère

La notion de sous-enchère se définit dans tous les cas par rapport au salaire en usage et résulte d'une comparaison avec la valeur de ce dernier. Ce terme désigne toute situation où une personne obtient un salaire qui se situe au-dessous de la *valeur inférieure de la fourchette salariale* calculée, comme évoqué plus haut, à partir de son profil et des pratiques salariales des entreprises du secteur considéré. Constitue également une situation de sous-enchère le versement d'un salaire inférieur au minimum fixé par une convention collective de travail ou un contrat-type de travail.

3.2 Qualification d'abusives

Cette qualification suppose l'existence d'un écart significatif, lequel peut être déterminé soit par rapport au salaire en usage (a), soit par rapport à une situation légale (b).

a) Par rapport au salaire en usage, l'écart peut être considéré comme significatif si la différence entre la rémunération versée par l'entreprise et le salaire en usage est telle qu'elle ne laisse planer aucun doute sur le fait que le montant est significativement inférieur, d'un point de vue statistique, à la pratique usuelle. En revanche et conformément à la volonté du législateur, il n'est pas nécessaire que l'écart en francs (pris en valeur absolue) soit important²¹. Statistiquement, cet écart devrait être défini en pourcentage par rapport à la valeur minimale de la fourchette salariale. Ce pourcentage ne peut pas être fixé d'avance, car il dépend de la qualité de l'estimation effectuée et de la plus ou moins grande homogénéité des pratiques salariales des entreprises actives dans le domaine concerné. Plus la qualité (précision) de l'estimation du salaire en usage est bonne, plus la distribution des salaires est homogène et plus un écart, même minime, pourra être qualifié d'abusif. Cette approche correspond à la volonté du législateur qui a confié un large pouvoir d'appréciation à la commission tripartite. La composition de cette commission constitue par ailleurs, à elle seule, une garantie contre tout risque d'abus de pouvoir d'appréciation.

b) Tout écart salarial est à qualifier d'abusif lorsqu'il crée une situation illégale, notamment dans le cas où l'entreprise est liée par une convention collective de travail mais verse un salaire qui se trouve en deçà du minimum fixé par voie conventionnelle ; il faut en effet considérer qu'il y a abus dès que le salaire est inférieur aux minima prescrits, quelle que soit l'importance de l'écart observé.

Il faut rappeler ici que les difficultés économiques d'une entreprise ne constituent en aucun cas une raison objective pour justifier une pratique salariale de sous-enchère abusive. Cela reviendrait à autoriser certaines entreprises à adopter un comportement interdit aux entreprises économiquement saines²².

3.3 Qualification de répétée

Cette qualification suppose que la pratique se produit plus d'une seule fois. Cette condition est réalisée dans deux cas de figure, à savoir lorsque la sous-enchère est pratiquée par plusieurs entreprises ou par une seule entreprise en position dominante²³, à l'encontre de plusieurs travailleurs.

²¹ Voir Bulletin officiel du Conseil national (BOCN) 1999 p.1609ss.

²² De telles différences de traitement pourraient d'ailleurs être contestées dans le cadre d'une procédure juridique fondée sur la loi sur la concurrence déloyale.

²³ Une entreprise occupe une position dominante en tant qu'employeur lorsqu'elle peut fixer des conditions de travail et/ou de salaire sans que cette faculté ne soit entravée par le jeu ordinaire de la concurrence. Cette situation de fait peut notamment résulter d'accords patronaux (p. ex. entente sur les salaires) ou de caractéristiques propres au marché en question (p. ex. marché occupé par quelques rares employeurs ou par une seule entreprise en situation de monopsonie).

4. Etats de faits et moyens de régulation

4.1 Cas de sous-enchère non abusive et non répétée

En cas de sous-enchère salariale non abusive et non répétée, le salaire obtenu par une personne occupée au sein d'une entreprise particulière se trouve au-dessous du salaire en usage correspondant au profil de la personne considérée, mais de manière non significative. Aucun moyen de régulation étatique n'est prévu pour ce cas de sous-enchère.

De plus, en l'absence de situation illégale (infractions à une CCT, à un CTT, à la loi fédérale sur l'égalité, à la réglementation sur les étrangers, etc.), seule une régulation indirecte du marché reste possible par le biais de la mobilité du travailleur, qui est libre de changer d'entreprise pour mieux valoriser son profil.

4.2 Cas de sous-enchère abusive non répétée

Même lorsque le salaire obtenu par une personne occupée au sein d'une entreprise particulière présente un écart significatif comme défini plus haut, cela ne crée pas un risque pour le marché travail, vu le caractère isolé du phénomène. En conséquence, aucun moyen de régulation étatique n'est prévu dans ce cas.

Toutefois, lorsque la sous-enchère est considérée comme abusive en raison d'une situation illégale (rappel : infractions à une CCT, à un CTT, à la loi fédérale sur l'égalité, à la réglementation sur les étrangers, etc.), le rétablissement d'une situation conforme au droit est possible par voie d'action individuelle, notamment prud'homale. Dans les cas extrêmes de sous-enchère abusive, une action étatique, de nature pénale, est également possible (art. 157 CP usure).

4.3 Cas de sous-enchère abusive et répétée

Lorsqu'il y a sous-enchère abusive au sens des points 3.1 et 3.2 ci-dessus et que celle-ci n'est plus un phénomène isolé, mais au contraire répété au sens du point 3.3, les conditions d'application des articles 1a LECCT et 360a CO sont a priori réalisées et une intervention de la commission tripartite est possible.

Toutefois, conformément au but de la loi et en vertu du principe de proportionnalité, l'intervention de la commission tripartite ne peut déboucher sur une réglementation impérative des salaires que dans l'éventualité où le dysfonctionnement observé est *de nature à provoquer une baisse des salaires sur le marché en question*, à savoir dans la localité, la branche ou la profession concernée.

Il convient de préciser que l'application des nouvelles dispositions n'exige pas que le risque soit déjà réalisé avant d'envisager une intervention de la commission tripartite. En effet, conformément au but préventif de la mesure d'accompagnement, il suffit d'établir qu'une baisse du niveau des salaires est vraisemblable, autrement dit que le risque est avéré²⁴.

L'existence d'un tel risque s'examine en regard de la dynamique du marché du travail. Ainsi, faut-il admettre qu'une *pratique salariale procurant un avantage concurrentiel substantiel à ceux qui l'exercent* est de nature à se propager si aucune mesure n'est adoptée. En effet, les autres entreprises actives sur le marché en question vont imiter cette pratique afin de pouvoir conserver leur compétitivité. Pendant les travaux préparatoires, le législateur a imaginé quelques exemples de pratiques salariales suspectes²⁵, à savoir la pratique consistant à remplacer de manière systématique le personnel par une main-d'œuvre meilleure marché ou encore celle consistant à procéder à des licenciements suivis d'engagements à des salaires inférieurs. L'expérience permettra certainement d'identifier encore d'autres exemples de pratiques que l'on pourrait qualifier de suspectes.

²⁴ Voir déclaration du conseiller fédéral Couchepin, BOCE 1999 673 : "Ce que nous voulons savoir, c'est si ce comportement répété constitue, à la fin, le risque de l'effondrement des salaires, et à ce moment-là on agira. S'il n'y a pas de risque d'effondrement des salaires [...], on s'abstiendra de le faire".

²⁵ Ces exemples ont été repris dans la documentation du SECO, citée précédemment.

Le *potentiel de propagation* de la pratique suspecte est déterminant pour l'application d'une mesure d'accompagnement. En effet, ce n'est que dans l'hypothèse d'une réaction en chaîne qu'une telle pratique est à même de dégrader le marché de référence. Le potentiel de propagation dépend de facteurs tels que, notamment, l'importance de la sous-enchère observée, le nombre de travailleurs touchés, la taille et le nombre d'entreprises impliquées. Ainsi, une pratique exercée au sein de plusieurs entreprises a un potentiel de propagation plus élevé qu'une pratique suivie par une seule entreprise. En effet, la pratique d'une seule entreprise n'exerce en général pas d'influence sur l'ensemble du marché de référence.

Les cas de sous-enchère abusive observés au sein d'une seule entreprise, même à l'encontre de la majorité du personnel, ne justifient donc pas, en principe, l'application d'une mesure d'accompagnement. Toutefois, lorsque l'entreprise concernée occupe au sein dudit marché une position dominante, ses pratiques sont susceptibles d'exercer une pression sur l'ensemble du marché. Les meilleures illustrations à cet égard constituent sans doute les entreprises en situation de monopsonne²⁶. Ces entreprises peuvent faire pression sur les salaires, en raison de la restriction de la mobilité des travailleurs, sans que la concurrence régnant sur le marché des biens qu'elles produisent ne soit susceptible d'influencer leur comportement. Cela démontre bien que le pouvoir dévolu par ces entreprises sur le marché du travail n'est pas limité par le fait qu'elles se trouvent par ailleurs en concurrence sur le marché des biens ou des services produits. Dans ce contexte, le principe d'autorégulation du marché ne fonctionne pas. Aussi est-il légitime de prévoir une réglementation provisoire, mais impérative, des salaires et cela quand bien même la pratique abusive ne serait exercée que par une seule entreprise, à l'encontre de son propre personnel.

Confrontée à un cas de sous-enchère abusive et répétée, la commission tripartite devra toujours tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer si le dysfonctionnement en cause crée un risque pour l'ensemble du marché en question. Si tel est le cas, elle devra prendre les mesures nécessaires pour le stabiliser. Le principe d'autorégulation du marché reprendra tous ses droits sitôt que le marché du travail aura été stabilisé et que la situation normale aura été rétablie dans la localité, la branche ou la profession concernée.

Enfin, il est rappelé que le rétablissement d'une situation conforme au droit est également possible, par voie d'action individuelle et/ou collective, lorsque la sous-enchère est considérée comme abusive en raison d'une situation illégale (cf. point 4.2 ci-dessus).

5. Conclusion

Vu le nombre des facteurs susceptibles de conditionner l'impact d'une pratique sur le marché, la multitude de combinaisons possibles et la complexité des interactions économiques, il est impossible de définir, de manière abstraite et exhaustive, les états de faits susceptibles d'exercer une pression à la baisse sur les salaires. C'est pourquoi le législateur a laissé un large pouvoir d'appréciation aux commissions tripartites.

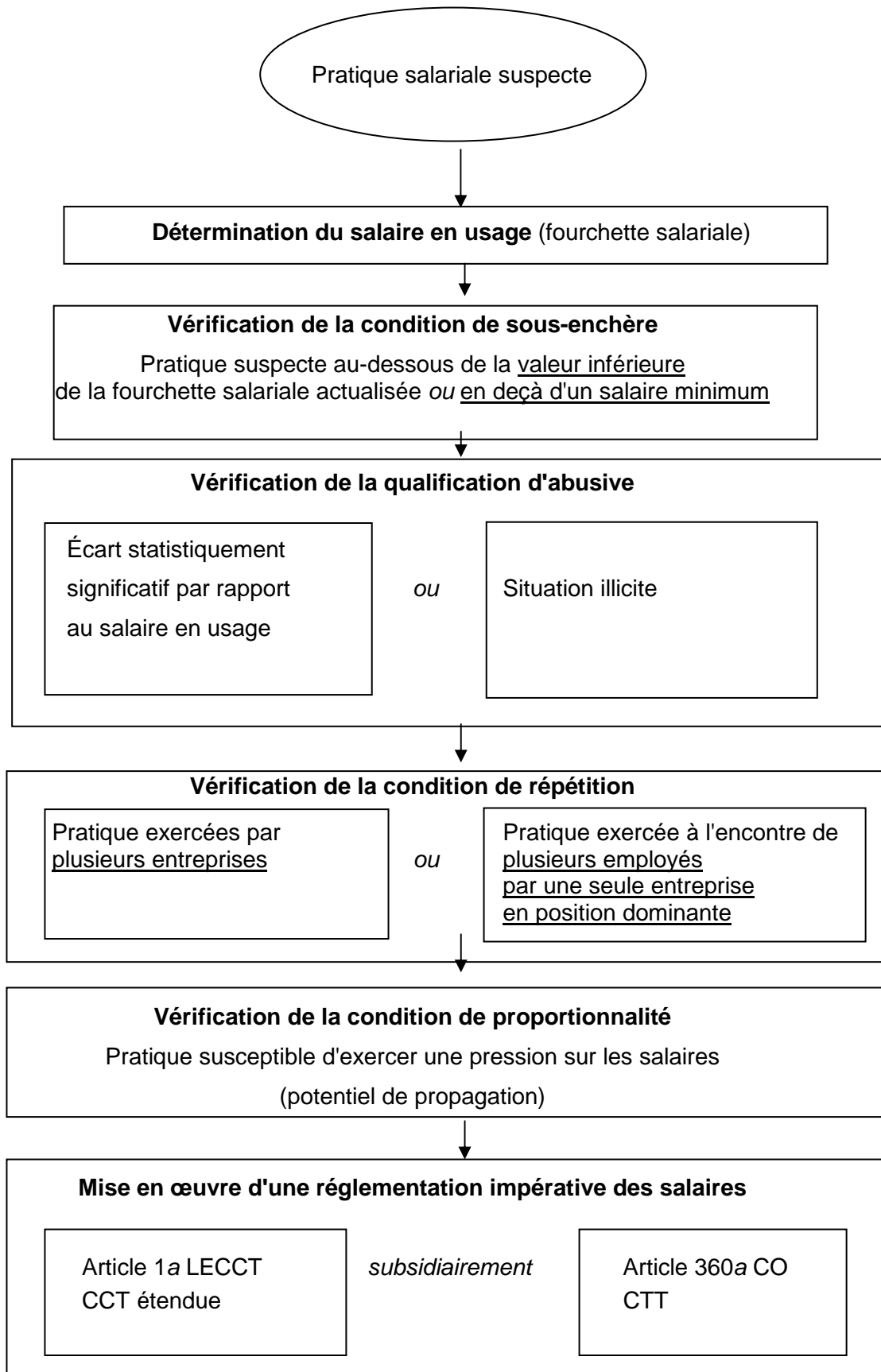
Grâce à cette latitude et conformément au but des mesures d'accompagnement, les commissions tripartites sont ainsi en mesure de proposer une réglementation provisoire, mais impérative, des salaires lorsqu'elles constatent qu'une pratique salariale risque d'avoir un impact négatif sur le bien-être de la collectivité.

Les pratiques incriminées peuvent prendre de multiples aspects, raison pour laquelle le pouvoir d'appréciation des commissions tripartites ne devrait pas être restreint au-delà des conditions légales et sous réserve des critères développés plus haut. Les principales étapes de la démarche proposée dans le présent document sont résumées dans le schéma de l'annexe I.

²⁶ Voir note de bas de page n°8, p.6.

Annexe I

**Représentation schématique du processus de détection et de régulation
des cas de sous-enchère salariale abusive et répétée**



Annexe II

Extrait de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT - RS 221.215.311)

Art. 1a LECCT

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.

Extrait de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Code des obligations (CO - RS 220).

Art. 360a CO

¹ *Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'art. 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions et, le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus.*

² *Les salaires minimaux ne doivent pas être contraires à l'intérêt général et ne doivent pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population. Ils doivent tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les branches économiques ou professions concernées, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises.*

Annexe III

Liste des abréviations

ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
CCT	Convention collective de travail
CO	Code des obligations
CP	Code pénal
CSME	Conseil de surveillance du marché de l'emploi
CTT	Contrat-type de travail
LEA	Laboratoire d'économie appliquée (de l'Université de Genève)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail
LIRT	Loi sur l'inspection et les relations du travail
LSE	Enquête suisse sur la structure des salaires
OCIRT	Office cantonal de l'inspection et des relations du travail
OCSTAT	Office cantonal de la statistique
OGMT	Observatoire genevois du marché du travail
OFS	Office fédéral de la statistique
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie



ogmt@etat.ge.ch

Correspondance :

Office cantonal de la statistique (OCSTAT)

82, route des Acacias 1227 Les Acacias • Case postale 1735 CH-1211 Genève 26
Tél. +41 22 388 75 00 • Fax +41 22 388 75 10 • statistique@etat.ge.ch • www.ge.ch/statistique