

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée

ANNE MEIER / ZOÉ SEILER

Sommaire

I.	Introduction	245
II.	Le salaire minimum en droit suisse	246
III.	L'obligation de respecter les usages, un substitut au salaire minimum ?	249
	A. L'obligation de respecter les usages	249
	1. Les mesures d'accompagnement à la libre circulation	249
	2. La Loi fédérale sur les étrangers	250
	3. La réglementation des marchés publics	250
	a. En général	250
	b. Le cas de nettoyeurs de la Ville de Genève	251
	4. La loi sur le travail au noir	253
	5. Loi fédérale sur la concurrence déloyale	253
	6. Autres législations fédérales	254
	B. Les usages à Genève	254
	a. Des compétences définies par le droit fédéral ...	254
	b. ... à des spécificités genevoises	255
	C. Usages, égalité de traitement et concurrence déloyale	257
IV.	Conclusion	258

I. Introduction

La délicate architecture du droit du travail en Suisse est due non seulement à la superposition de différents corps de réglementation (droit public, droit privé, conventions collectives de travail), mais également à la structure fédérale de notre pays : les compétences de la Confédération et celle des cantons, en matière de travail, de santé et de sécurité, d'ordre public et de protection sociale sont largement enchevêtrées ; les compétences des partenaires sociaux viennent s'y ajouter.

Le débat sur le salaire minimum national en Suisse s'inscrit dans ce contexte complexe et subtil. Le droit suisse ne prévoit pas de salaire minimum légal. En 1998 déjà,

Thomas GEISER se demandait s'il existait en Suisse un droit fondamental au salaire minimum.¹

Depuis, si elle a été refusée par le peuple,² l'idée d'un salaire minimum est toujours présente dans le débat public et politique. Au niveau juridique, le salaire minimum prend différentes formes et ne cesse de réapparaître au gré des instruments juridiques disponibles et de la créativité des juristes.

L'objet de la présente contribution n'est pas de participer directement à ce débat, mais de proposer un aperçu des différentes stratégies et de l'utilisation des outils juridiques à disposition, avec un accent particulier sur la fonction croissante des usages, à travers l'exemple du canton de Genève. Les usages, en matière de droit du travail, ont en effet gagné une place importante par l'effet des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, dans le but de lutter contre la sous-enchère salariale et sociale.

Nous survolerons ci-après les cas dans lesquels on connaît, en Suisse, un salaire minimum, qu'il résulte d'un accord entre les partenaires sociaux ou qu'il soit imposé par l'Etat (Confédération ou cantons, voire même communes) (ci-après : II). Nous explorerons ensuite le rôle que jouent (ou peuvent jouer) les usages dans ce débat (ci-après : III). Nous espérons ainsi mettre en lumière le champ d'action possible des cantons et des partenaires sociaux en la matière, dans l'attente peut-être de l'introduction d'un salaire minimum fédéral.

II. Le salaire minimum en droit suisse

Dans cette partie, nous proposons un survol, qui n'a pas la prétention d'être exhaustif, des différents lieux où le droit suisse reconnaît un salaire minimum obligatoire, de manière directe ou indirecte.

En tout premier lieu, en l'absence de salaire minimum fixé au niveau national, c'est dans les conventions collectives de travail (ci-après : CCT) que l'on trouve la fixation de salaires minimums (art. 356 ss du Code des obligations³).⁴ Le droit de conclure des

¹ THOMAS GEISER, Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Ehrenzeller ed al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, 809 ss.

² La votation du 18 mai 2014 a vu 76,3 % des Suisses refuser l'initiative populaire visant l'introduction d'un salaire minimum à CHF 22 par heure, soit un montant mensuel d'environ CHF 4'000 par mois pour un emploi à plein temps. A noter que les Suisses ont, de la même manière, rejeté plus récemment le « revenu de base inconditionnel », le 5 juin 2016, par 76,9 % des voix.

³ Loi fédérale complétant le Code civil suisse, livre cinquième: droit des obligations du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

⁴ Cf. ISABELLE WILDHABER, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV/DTA online 2014 Nr. 1, 12 ss.

CCT découle de l'art. 28 Cst.⁵, lequel consacre la liberté syndicale. Par la négociation collective, les partenaires sociaux déterminent de manière autonome les conditions de travail et de salaire dans leur branche ou dans l'entreprise, sous la seule réserve des dispositions impératives du droit fédéral (cf. art. 357 al. 2 CO) (*Tarifautonomie*).

Lorsque la CCT n'est pas déclarée de force obligatoire, elle ne s'applique qu'aux employeurs signataires ou membres de l'association d'employeurs signataire et aux travailleurs membres d'un des syndicats signataires. Lorsque la CCT est déclarée de force obligatoire, en application de la LECCT⁶, elle s'impose aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention.

Qu'une CCT soit déclarée de force obligatoire ou non, elle reste un contrat de droit privé conclu entre une ou plusieurs organisations syndicales et une ou plusieurs organisations patronales et/ou entreprises. Etendue ou non, la CCT impose des obligations à des tiers (les employeurs et les travailleurs concernés) : les clauses de la CCT qui portent sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail ont un effet direct et impératif sur le contrat individuel de travail (art. 356 al. 1 et 357 al. 1 CO). Vu la nature de droit privé de la CCT, seules les parties à ce contrat disposent du droit d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle ; elles peuvent l'exiger en commun aux conditions de l'art. 357b CO.

Malgré la place importante des CCT en droit suisse, tout juste 50 % des salariés sont couverts par une CCT et seulement 42 % de ceux soumis à une CCT bénéficient d'un salaire minimum.⁷

Au niveau cantonal, on relèvera en tout premier lieu le cas de Neuchâtel.⁸ Ce canton a, à l'initiative du Conseil d'Etat, accepté d'introduire dans sa Constitution le principe d'un salaire minimum. Après de longs travaux portant notamment sur l'obligation du canton de respecter la répartition des compétences constitutionnelles en la matière, il a été décidé d'inscrire dans une loi un salaire minimum de CHF 20 par heure, soit environ CHF 3640.- par mois pour un emploi à plein temps. Prévue pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2015, la loi a été frappée d'un recours auprès du Tribunal fédéral, assorti de l'effet suspensif. L'arrêt vient tout juste d'être rendu.⁹

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁶ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 29 septembre 1956 (LECCT), RS 221.215.311.

⁷ Cf. l'étude de l'Union syndicale suisse (USS) Mindestlöhne: Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Zurich 2011, 5.

⁸ Cf., sur ce point, <http://www.ne.ch/medias/Pages/131111.aspx>, consulté en dernier lieu le 29 mai 2017.

⁹ TF, arrêt 2C_774/2014 ; 2C_813/2014 ; 2C_815/2014 ; 2C_816/2014 (destiné à la publication) du 21 juillet 2017. Reconnaisant en particulier que l'objectif principal du salaire minimum est d'assurer aux travailleurs des conditions de vie décentes et lutter ainsi contre la pauvreté, le Tribunal fédéral a admis la validité de la législation cantonale.

Quant au canton du Jura, il connaît une initiative similaire. Sa Constitution prévoit, à son art. 19 al. 3, que « *chaque travailleur a droit au salaire qui lui assure un niveau de vie décent* ». Se basant sur cette disposition, une initiative populaire a demandé l'instauration d'un salaire minimum chiffré dans toutes les entreprises et les branches économiques du canton. La validité matérielle de cette initiative a été âprement débattue,¹⁰ soulevant en particulier la question de la compétence cantonale en la matière. La Cour constitutionnelle ayant renvoyé le dossier au Parlement jurassien, ce dernier doit reprendre ses travaux et le dossier est donc loin d'être clos. Le Tessin avait également, en 2015, accepté d'introduire un salaire minimum cantonal ; l'initiative pourra maintenant être concrétisée en suivant l'exemple neuchâtelois.

Il est à prévoir que ces deux initiatives cantonales seront analysées essentiellement sous l'angle de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons et du principe de la force dérogatoire du droit fédéral.¹¹ Dans son arrêt concernant la conformité au droit fédéral de l'initiative genevoise visant à introduire dans la Constitution cantonale un salaire minimum,¹² le Tribunal fédéral avait laissé cette question ouverte, constatant qu'elle avait fait l'objet de nombreuses analyses approfondies pour aboutir à des solutions différentes ; ce doute ne suffisait pas, toutefois, à fonder l'invalidité de l'initiative litigieuse.¹³ Soumise au vote du peuple, l'initiative avait été rejetée par 54,2 % des voix.¹⁴

En l'absence de CCT et de salaire minimum cantonal ou fédéral, c'est vers les outils fournis par les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes que se tournent les cantons, pour combattre le dumping social et salarial. Nous nous inté-

¹⁰ Voir en particulier l'arrêt de la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal du Jura du 31 août 2016 ordonnant au Parlement jurassien d'entrer en matière sur le projet de loi sur le salaire minimum cantonal et d'adopter une loi sur le sujet (voir également l'arrêt du Tribunal fédéral, déclarant irrecevable le recours contre l'arrêt jurassien : TF, arrêt 1C_470/2016 du 10 mars 2017).

¹¹ Sur cette question, voir en particulier WILDHABER (note de bas de page 4), 6 ss.

¹² Arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, en particulier le c. 3.1.

¹³ Arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010, en particulier le c. 3.2.2 ; voir le c. 3.3 pour l'analyse sous l'angle de la liberté économique. Cf. également, sur cette question, l'ATF 97 I 499, c. 3c. Pour de plus amples références, voir MICHEL HOTTELIER, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail, in : Wyler/Meier/Marchand (éds), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève, Zurich et Bâle 2015, 185. Sur la compétence pour adopter des normes sur l'organisation du contrôle du marché du travail, voir en particulier l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_33/2013 du 19 mai 2014 sur la création, à Genève, d'une inspection des entreprises et sur la nécessité que cet organe soit constitué de manière paritaire. Enfin, sur la compétence des cantons pour légiférer dans les domaines régis par le droit fédéral, à condition qu'ils poursuivent un autre but que celui recherché par le droit fédéral (en particulier, le but de politique sociale, cf. l'arrêt TF 1C_357/2009 du 8 avril 2010) et que la législation ainsi adoptée n'entre pas en contradiction avec ce dernier.

¹⁴ Votation cantonale du 27 novembre 2011 (cf. <http://www.ge.ch/votations/20111127/cant.asp#aff>) (consulté en dernier lieu le 29 mai 2017).

ressons ci-après à la portée particulière conférée, par les mesures d'accompagnement, aux usages en matière de droit du travail et en particulier de salaires.

III. L'obligation de respecter les usages, un substitut au salaire minimum ?

A. L'obligation de respecter les usages

1. Les mesures d'accompagnement à la libre circulation

Parmi les mesures d'accompagnement mises en place pour lutter contre le dumping salarial et social suivant l'introduction de la libre circulation des personnes, on citera la Loi sur les travailleurs détachés,¹⁵ qui oblige les employeurs étrangers à respecter les conditions minimales de travail et de salaire qui sont prescrites par les lois fédérales, les conventions collectives de travail étendues et les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO vis-à-vis des travailleurs détachés en Suisse dans le cadre de la réalisation d'une prestation de services transfrontalière.

Qui plus est, en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée, les dispositions d'une CCT sur les salaires minimaux, la durée du travail correspondante et l'exécution paritaire peuvent faire l'objet d'une extension facilitée au sens de l'art. 1a LECCT. Cette mesure s'applique tant aux entreprises indigènes qu'aux entreprises détachant des travailleurs.

Enfin, dans les branches dans lesquelles il n'existe pas de convention collective, des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO contenant des salaires minimaux impératifs peuvent être édictés en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée. Cette mesure s'applique à toutes les entreprises de la branche concernée.

La notion de « sous-enchère salariale abusive et répétée » nécessite de « déterminer préalablement le salaire usuel dans la branche économique, la profession et la région données. Pour ce faire, il est possible de le déduire des conventions collectives et des contrats-types contenant des dispositions relatives aux salaires, des recommandations ou des directives sur les salaires publiées par les partenaires sociaux, d'éventuelles statistiques fiables, actuelles et détaillées existant sur la structure des salaires et, le cas échéant, par une enquête *ad hoc* que la commission tripartite peut mener ou faire mener par un expert ».¹⁶

¹⁵ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDét), RS 823.20.

¹⁶ MAHON/JEANNERAT, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 360a n. 9.

L'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) est l'autorité compétente pour établir les documents qui reflètent les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève (les usages), sur la base des directives émises par le conseil de surveillance (art. 23 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail¹⁷). Lorsqu'il existe une CCT étendue, elle est réputée constituer les usages du secteur concerné (art. 23 al. 2 et 3 LIRT). Les usages sont publiés sur le site internet de l'OCIRT¹⁸. Pour constater les usages, l'OCIRT se base notamment sur les CCT, les contrats-types de travail, les résultats d'enquêtes menées auprès des entreprises, les travaux de l'observatoire genevois du marché du travail (OGMT), ainsi que sur les statistiques disponibles en la matière. Sauf exception, les CCT qui ont fait l'objet d'une décision d'extension sont réputées constituer les usages du secteur concerné.

2. La Loi fédérale sur les étrangers

En vertu de l'art. 22 de la loi sur les étrangers¹⁹, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux *conditions de rémunération et de travail usuelles* du lieu, de la profession et de la branche.

3. La réglementation des marchés publics

a. En général

La Loi fédérale sur les marchés publics²⁰ s'applique aux marchés publics de fournitures, de services et de construction de la Confédération (cf. art. 1 et 2 LMP). La LMP prévoit diverses dispositions concernant l'obligation, pour les entreprises soumissionnaires, de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. En vertu de l'art. 8 al. 1 let. b LMP, pour les prestations fournies en Suisse, l'adjudicateur n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire observant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. Les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes. L'on entend par *conditions de travail* celles qui figurent dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, lorsque ceux-ci font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession (art. 7 al. 1 de l'ordonnance sur les marchés publics²¹). En outre, il n'adjuge le marché qu'à un soumissionnaire garantis-

¹⁷ Loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT), RS-GE J 1 05.

¹⁸ <https://www.ge.ch/relation-travail/usages/vigueur.asp> (consulté en dernier lieu le 29 mai 2017).

¹⁹ Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), RS 142.20.

²⁰ Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP), RS 172.056.1.

²¹ Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP), RS 172.056.11.

sant à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse (art. 8 al. 1 let. c LMP).

A Genève, l'art. 20 du règlement sur la passation des marchés publics²² énonce que, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les sous-traitants doivent *respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité*.²³

L'art. 32 RMP prévoit que les offres ne sont prises en considération, pour le soumissionnaire et le sous-traitant, que si elles sont accompagnées, entre autres, d'une attestation au sens de l'art. 25 LIRT (dont il sera question ci-après) certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois²⁴ :

1° soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève,

2° soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales.

b. Le cas de nettoyeurs de la Ville de Genève

Il y a quelques années, la Ville de Genève avait cherché à imposer le respect d'un salaire minimum dans le cadre d'un appel d'offres. Il s'agissait de l'adjudication de contrats de nettoyage de bâtiments administratifs et publics de la Ville de Genève ; les entreprises soumissionnaires étaient notamment tenues de respecter un salaire horaire minimum de CHF 25 (vacances non comprises) sous peine d'exclusion. L'appel d'offre fut contesté par plusieurs entreprises, qui faisaient valoir une violation de leur liberté économique. La Chambre administrative de la Cour de justice a annulé cet appel d'offres, notamment parce que le salaire imposé était supérieur à ceux prévus par la CCT pour le secteur du nettoyage alors en vigueur, qui s'élevait à CHF 18.20²⁵.

Dans son examen de la question de savoir si la restriction portée à la liberté économique par l'obligation pour les soumissionnaires de tenir compte d'un salaire horaire minimum de CHF 25 répondait aux conditions posées par l'art. 36 Cst., la Chambre

²² Règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP), RS-GE L 6 05.01.

²³ Cf. également art. 11 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP), RS-GE L 6.05.

²⁴ Sur cette procédure, voir l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève du 26 août 2014, ATA 665/2014, pp. 7 ss. Voir également l'arrêt du Tribunal administratif (aujourd'hui, la Chambre administrative de la Cour de justice) du 24 avril 2007 ATA/194/2007.

²⁵ Arrêt ATA/657/2011 du 18 octobre 2011.

administrative a retenu qu'une obligation de payer des salaires minimaux supérieurs à ceux de la CCT « *vidait la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst., alors que les conditions d'une restriction de celle-ci ne sont pas réalisées. Même si [la Ville de Genève] peut considérer qu'il y a un intérêt public à améliorer la rémunération des travailleurs actifs dans le secteur professionnel du nettoyage, aucune base légale de droit cantonal ou fédéral ne l'autorise à l'imposer à l'occasion d'un appel d'offres dans un marché public. Au contraire, si les employeurs sont obligés dans le canton de Genève de respecter les conditions salariales fixées par la CCT, l'art. 19 CO leur accorde la liberté d'allouer ou non une rémunération supérieure à celle que cette convention prévoit et ils ne peuvent être privés de cette faculté* ». ²⁶

Deux ans plus tard, la Ville de Genève a de nouveau lancé un appel d'offres portant sur le nettoyage de bâtiments publics. Cette fois-ci, l'appel d'offres ne contenait pas de conditions particulières de soumission en lien avec le salaire, sous réserve d'une clause usuelle, selon laquelle les soumissionnaires devaient attester soit être signataires d'une CCT applicable à Genève, soit avoir signé un engagement à respecter les usages en matière de conditions de travail en vigueur à Genève dans la branche considérée. Toutefois, le niveau de rémunération était pris en compte et pesait pour 15 % dans les critères d'adjudication, un salaire horaire de CHF 25 obtenant la meilleure note, le salaire minimum prévu par la CCT (CHF 19.35) la moins bonne.

A nouveau contesté, cet appel d'offres a été annulé par la Cour de justice, au motif qu'il n'était pas établi que le critère du niveau de salaire ait une influence sur la qualité de la prestation. Une telle mesure de politique économique structurelle contredisait les buts primaires du droit des marchés publics, soit l'utilisation parcimonieuse des deniers publics.²⁷ La Ville de Genève a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral, invoquant une violation de son autonomie communale. Dans son ATF 140 I 285, il a examiné l'affaire sous l'angle restreint offert par le recours constitutionnel subsidiaire, limité par les griefs soulevés, tout en mentionnant que, « dans la présente cause, des questions juridiques de principe auraient pu être soulevées » et que le recours aurait donc pu être un recours en matière de droit public.²⁸

La Ville de Genève soutenait l'existence d'une règle générale d'expérience selon laquelle il existerait un lien direct entre le niveau salarial et la qualité des prestations des employés. Si cette règle était admise, elle serait en lien avec la prestation exigée dans le cadre du marché public (nettoyage de locaux) et permettrait donc à la Ville de Genève d'en faire un critère d'adjudication spécifique. Toutefois, le Tribunal fédéral a retenu ceci : « *Il suit des considérations qui précèdent que, même s'il tombe sous le sens*

²⁶ Chambre administrative de la Cour de justice de Genève, ATA/657/2011 du 18 octobre 2011, c. 10.

²⁷ Arrêt ATA/713/2013 du 29 octobre 2013.

²⁸ ATF 140 I 285, c. 1.1.2.

que le niveau salarial est selon les circonstances susceptible d'influer, d'une manière ou d'une autre, sur la qualité du travail effectué par un employé, les précédents juges n'ont pas versé dans l'arbitraire en refusant de considérer qu'il existerait de façon évidente une règle générale d'expérience établissant une corrélation à la fois directe, déterminante et automatique entre le niveau de rémunération et la qualité et/ou le rendement du travail effectué, de sorte à justifier d'en tenir compte de manière générale comme critère d'adjudication de tous les marchés publics ». ²⁹

4. La loi sur le travail au noir

La Loi sur le travail au noir³⁰, vise à lutter contre le travail au noir. Elle introduit des simplifications administratives, ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1 LTN). La LTN prévoit des sanctions en matière de marchés publics et d'aides financières (art. 13 LTN), d'une part et des sanctions pénales (art. 18 LTN, contraventions), d'autre part. En vertu de l'art. 13 LTN, les entreprises condamnées pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, sont *exclues des futurs marchés publics pendant une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans*.

5. Loi fédérale sur la concurrence déloyale

L'art. 7 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale³¹ est qualifié par la doctrine de norme « *anti-dumping social* » :

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux.

Le but de l'art. 7 LCD est la protection *de toutes les parties concernées* contre un acte de concurrence déloyale. En plus de l'obligation des concurrents sur un marché de respecter les « *conditions de travail légales ou contractuelles* » (c'est-à-dire toutes les normes et dispositions qui régissent les modalités d'exercice d'une activité dépendante, en particulier les normes de droit public du travail (réglementation du temps de travail, de protection de la santé...), de même que les règles contenues dans les

²⁹ ATF 140 I 285, c. 6.2.3. Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MANUEL JACQUIER, Le niveau de salaire des employés : un critère d'adjudication vraiment étranger au marché ?, DC/BR 2015, 23.

³⁰ Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN), RS 822.41.

³¹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), RS 241.

conventions collectives de travail et les contrats-types de travail et les dispositions impératives et semi-impératives du Titre dixième du CO (cf. art. 361 et 362 CO), cette disposition impose également le *respect des usages*³².

Une entreprise active dans une branche économique qui ne respecte pas les conditions de travail et de salaire imposées à ses concurrents crée une situation de concurrence déloyale visée par l'art. 7 LCD, sans qu'il soit nécessaire de prouver que le manquement est fautif ou qu'il a effectivement désavantagé les concurrents.

6. Autres législations fédérales

L'art. 6 let. c de la Loi sur les télécommunications³³ dispose que quiconque fournit un service de télécommunication doit (entre autres conditions) respecter le droit du travail et observer les conditions de travail usuelles dans la branche.

Quant à l'art. 4 de la Loi sur la poste³⁴, il dispose que quiconque propose en son nom propre et à titre professionnel des services postaux à des clients doit l'annoncer à la PostCom ; et quiconque est soumis à l'obligation d'annoncer doit remplir notamment l'exigence de garantir le respect des conditions de travail usuelles dans la branche.³⁵

B. Les usages à Genève

a. Des compétences définies par le droit fédéral ...

Dans les années qui ont suivi la mise en place des mesures d'accompagnement, le canton de Genève a développé la notion *d'usages*, qui est désormais un instrument important de régulation du marché du travail cantonal.

Ainsi, conformément au système mis en place par le droit fédéral, en plus de permettre le constat d'une sous-enchère salariale abusive et répétée au sens de l'art. 360a al. 1 CO, les usages en vigueur dans une branche ou dans une profession s'imposent aux entreprises non directement liées par une CCT et qui souhaitent engager de la main-d'œuvre étrangère, soumissionner des marchés publics et obtenir des commandes de services publics.

L'art. 25 LIRT prévoit que toute entreprise soumise au respect des usages, en vertu d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, doit en principe signer

³² Voir à ce propos CR-WYLER, art. 7 LCD n. 1 et 11.

³³ Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC), RS 784.10.

³⁴ Loi sur la poste du 17 décembre 2010 (LPO), RS 783.0.

³⁵ Voir WILDHABER (note de bas de page 4), 52 ss.

auprès de l'OCIRT un engagement de respecter les usages (al. 1). L'office délivre à l'entreprise l'attestation correspondante, d'une durée limitée, qui est en principe de trois mois (cf. art. 40 al. 1 du règlement d'application³⁶). L'engagement vaut pour l'ensemble du personnel concerné. L'entreprise est réputée liée par un engagement dès l'instant où son personnel est appelé à travailler sur un marché public (al. 3).

En principe, les entreprises liées par une CCT en vigueur à Genève sont exonérées de signer un engagement à respecter les usages lorsqu'elles en respectent les conditions (art. 40 al. 2 RIRT). Ces entreprises peuvent toutefois être contrôlées en tout temps. Les commissions paritaires compétentes sont tenues de fournir, sur demande de l'office en cas de doute quant à l'exonération, tous les renseignements utiles.

b. ... à des spécificités genevoises

Le droit genevois reprend et concrétise la notion d'usages dans les domaines désignés par le droit fédéral, comme évoqué ci-dessus. Il présente toutefois quelques originalités dont il sera question ici, à savoir l'introduction de l'obligation du respect des usages dans des domaines exorbitants, le contrôle du respect des usages et les sanctions qui y sont liées.

Dans la nouvellement révisée Loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement³⁷, semblant prendre exemple sur le législateur fédéral dans le domaine des concessions en matière de télécommunication et de services postaux, le législateur genevois a prévu, parmi les conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter une entreprise, que l'exploitant « offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie que l'entreprise est exploitée conformément aux dispositions de la présente loi et aux prescriptions en matière de police des étrangers, de sécurité sociale et de droit du travail, (...) et, s'il a la qualité d'employeur, qu'il démontre au moyen d'une attestation officielle ne pas avoir de retard dans le paiement des cotisations sociales. Lorsque le département est en possession d'indices factuels permettant de présumer le non-respect des conditions de travail en usage, le département demande à l'employeur de signer auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'office) l'engagement de respecter les conditions de travail en usage à Genève et fait dépendre sa décision de la signature dudit engagement » (art. 9 let. d LRDBHD ; l'art. 10 de la loi prévoit une réglementation similaire pour le propriétaire de l'établissement). Les usages de la branche tels qu'ils sont conçus par l'OCIRT sont disponibles sur son site

³⁶ Règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT), RS-GE J 1 05.01.

³⁷ Loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD), RS-GE I 2 22.

internet et consistent en une reproduction fidèle de l'essentiel des clauses de la CCT nationale de la branche.³⁸

La loi prévoit des sanctions en cas d'infractions, pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation d'exploiter ; sont notamment considérées comme graves les infractions aux dispositions de la loi « relatives à la législation sur le travail (usages, LTr) et aux assurances sociales » (art. 63 al. 3 LRDBHD).

Juridiquement, il est permis de se demander quelles sont la portée et la validité de ces dernières normes qui imposent le respect des usages dans une branche entière sans qu'il s'agisse de la mise en œuvre de principes formulés par le droit fédéral. S'agit-il de droit cantonal qui aurait sa place dans le système légal suisse ? S'agit-il d'une intervention spontanée du législateur genevois en complément ou en violation de compétences échéant au législateur fédéral ?

De plus, la reprise et l'intégration de la CCT nationale pour l'ensemble des employeurs de la branche dans la notion d'usages constitue non seulement une condition pour l'octroi d'une autorisation, mais permet également à l'Etat de procéder dans les faits à des contrôles du respect des conditions de travail fixées dans une CCT, compétence en principe réservée aux partenaires sociaux. En effet, ce sont l'OCIRT et l'inspection paritaire des entreprises³⁹ qui disposent de la compétence de contrôler le respect des usages au sein des entreprises concernées (art. 26 al.1 LIRT). Dans les secteurs couverts par une convention collective de travail étendue, le département peut déléguer aux associations contractantes le contrôle du respect des usages, par le biais d'un contrat de prestations (art. 26 al 2 LIRT).

Conformément au système mis en place par la LTr⁴⁰ au niveau fédéral, la LIRT prévoit que l'application de cette loi, de même que de la LDét et de la LTN, relève de la compétence de l'OCIRT. Ainsi, l'OCIRT a la compétence pour prononcer les diverses sanctions prévues par le droit fédéral et énumérées à l'art. 48 LIRT. La loi cantonale ne prévoit pas – et ne saurait, d'ailleurs, prévoir – de système de sanctions propres pour violation de ces lois fédérales.⁴¹ Cette compétence est entièrement déterminée par le droit fédéral.

La LIRT prévoit en revanche des sanctions à l'encontre des entreprises soumises au respect des usages, lorsque ces dernières ne respectent pas les conditions minimales

³⁸ <https://www.ge.ch/rerelations-travail/usages/vigueur.asp?mot=89#top>, consulté le 29.05.2017.

³⁹ Sur cette institution, voir en particulier l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_33/2013 du 19 mai 2014 et l'arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de Genève ACST/10/2016 du 29 août 2016.

⁴⁰ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

⁴¹ A l'exception des émoluments perçus pour les décisions, prestations, mesures et sanctions, ce qui n'est pas en soi une sanction, ainsi que les frais de contrôle et autres émoluments (art. 66 ss RIRT).

de travail et de prestations sociales en usage (art. 45). Ainsi, lorsqu'une entreprise soumise aux usages ne respecte pas les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage, l'OCIRT peut prononcer une décision de refus de délivrance de l'attestation de respect des usages pour une durée de 3 mois à 5 ans, une amende administrative de 60'000 francs au plus et l'exclusion de tout marché public pour une période de 5 ans au plus.

C. Usages, égalité de traitement et concurrence déloyale

L'extension du champ d'application des usages et leur contrôle systématique (en amont et en aval) soulève à notre avis une nouvelle question en lien direct avec le droit au salaire minimum. Elle se pose en ces termes : on l'a dit, dans le canton de Genève, même en l'absence de CCT, un employeur qui engage de la main-d'œuvre étrangère doit respecter les usages (en vertu de la LDét et/ou de la LEtr) ; une entreprise qui soumissionne des marchés publics également. Dans certaines branches économiques particulières (télécommunications, services postaux, hôtellerie et restauration), l'employeur doit respecter les usages même lorsqu'il n'emploie pas de main-d'œuvre étrangère.

Quid, alors, de l'entreprise non liée par une CCT, qui n'emploie aucun travailleur étranger et ne désire pas soumissionner de marchés publics, active dans une branche économique où les usages ne sont pas imposés de manière générale ? Dans un tel cas de figure, est-il admissible que ledit employeur pratique des conditions de travail inférieures aux usages, surtout dans les cas où les usages peuvent être imposés à ses concurrents qui, par hypothèse, emploient des travailleurs étrangers et/ou soumissionnent des marchés publics ?

Quid également d'une entreprise qui se voit imposer le respect des usages pour ses travailleurs étrangers (par le jeu de la LEtr), mais pas pour sa main-d'œuvre locale ? L'employeur est-il libre de ne pas respecter les usages pour cette catégorie de travailleurs ?

Quid, encore, d'une entreprise active dans une branche où ses concurrents font venir de la main-d'œuvre de l'étranger (et se voient donc imposer le respect des usages), mais qui elle-même n'emploie que de la main-d'œuvre locale ?

Ces effets sur les conditions de travail et de concurrence semblent dus principalement au développement des mesures d'accompagnement à la libre circulation et en particulier à la dimension nouvelle conférée aux usages.

Il nous apparaîtrait juste et utile d'aborder ces questions sous l'angle du principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) Il s'agirait alors de savoir si, dans un cas particulier,

un travailleur pourrait se prévaloir du principe de l'égalité de traitement pour exiger, dans son cas également, le respect des usages. Il faudrait évidemment déterminer s'il peut s'adresser directement à l'employeur ou à l'Etat ; la portée du droit à l'égalité salariale entre femmes et hommes (art. 8 al. 3 Cst.) pourra également être réévaluée sous cet angle. Quant au rôle de l'art. 7 LCD, il devrait à notre avis également être examiné dans ce contexte. Cette disposition pourrait s'avérer être un outil utile, afin de garantir une concurrence saine dans une branche économique donnée.

IV. Conclusion

La présente contribution a souhaité mettre en lumière le fait qu'en l'absence de salaire minimum au niveau fédéral et bien que cette question ne soit plus (pour l'instant) à l'ordre du jour à l'échelle nationale, il existe une volonté politique, dans plusieurs cantons, de protéger la main-d'œuvre (locale ou non) contre le dumping salarial et social. Il semble dès lors qu'il existe une certaine reconnaissance du besoin de protéger les travailleurs par l'instauration d'un salaire minimum.

Les méthodes pour y parvenir sont diverses et variées : la Ville de Genève utilise la voie des marchés publics ; les cantons du Jura et de Neuchâtel passent par la Constitution cantonale ; le canton de Genève a choisi de développer la portée des usages et de leur contrôle. On peut se demander si la « vieille » question du droit à un salaire minimum pourrait trouver une nouvelle dynamique par le biais des usages, activant la clause constitutionnelle d'égalité, d'un côté, et des outils découlant du droit de la concurrence, de l'autre. Quant à savoir si cela pallie l'absence de salaire minimum fédéral, la question peut encore largement être débattue.