

Etude de M^e Jean-Bernard WAEBER

Avocats au Barreau de Genève

1, rue d'Aoste - Case postale 3647 - 1211 Genève 3 - Tél. (41 22) 312 35 55 - Fax (41 22) 312 35 58

Jean-Bernard WAEBER
Avocat

Christian BRUCHEZ
Avocat

Ingrid UNTERLERCHNER
Avocate-stagiaire

ASSOCIATION POUR L'EMPLOI
COMMUNAUTÉ GENEVOISE D'ACTION SYNDICALE
Rue des Terreaux du Temple 6
1201 GENEVE

re - 2834

Genève, le 2 novembre 2001

Concerne : **AVIS DE DROIT sur les règles concernant la composition et la récusation dans les commissions officielles**

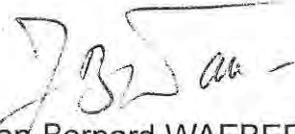
Mesdames, Messieurs, chers Collègues,

Compte tenu du travail effectué dans le dossier cité en marge et le considérant en principe terminé, je me permets de vous adresser une note de frais et honoraires finale. J'en réduis le montant pour des raisons de solidarité avec la CGAS.

Je vous remercie de m'en créditer le montant à l'aide du bulletin de versement ci-joint.

Saisissant l'occasion, je me permets de vous joindre deux copies de jugements publiés récemment sur la question ainsi qu'un article de Monsieur G. AUBERT.

Demeurant à votre entière disposition et vous remerciant de votre confiance, je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, chers Collègues, à l'assurance de mes sentiments dévoués.


Jean-Bernard WAEBER

Annexes ment.
JBW/ab

11 pages

avances consenties à certains héritiers, etc. (*Karrer*, op. cit., n. 16, 17 ad art. 518 CC).

(*Cour de justice*. 29 janvier 2001. *Consorts R.*).

DROIT DES MARQUES. MARQUES ÉTRANGÈRES NOTOIREMENT CONNUES. EXCEPTION AU PRINCIPE DE LA TERRITORIALITÉ DE LA PROTECTION. — LPM art. 3 al. 2 let. b; Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, art. 6bis (RS 0.232.04).

La protection des marques étrangères notoirement connues représente une exception au principe de la territorialité; elle se fonde sur la notoriété acquise par la marque étrangère, sans qu'il importe que cette notoriété découle de l'usage de ladite marque en Suisse ou à l'étranger. La marque étrangère n'a donc pas besoin d'être employée en Suisse pour y acquérir la notoriété voulue; il suffit, mais il est aussi indispensable, qu'elle y soit notoirement connue (ATF 120 II 144 c. 4b et les références citées). Lorsque la marque est destinée à un cercle déterminé de clients, son éventuelle notoriété devra être examinée à l'intérieur de ce cercle (ATF 120 II 144 *ibidem*). La marque doit être non seulement connue en Suisse, mais encore notoire; il convient de se montrer restrictif puisqu'il s'agit d'une exception au principe selon lequel le droit à la marque naît de l'enregistrement (*Lucas David*, Commentaire bâlois, n. 50 ad art. 3 LPM).

(*Tribunal fédéral, Cour civile*. 13 novembre 2000. *P. c. T. W.*).

SOCIÉTÉ ANONYME. CONTRAT AVEC SOI-MÊME. RATIFICATION. ORGANE COMPÉTENT. — CO 718.

2. — b/aa) Selon le nouveau droit de la société anonyme, il faut présumer que chaque membre du conseil d'administration a le pouvoir de représenter la société (art. 718 al. 1 2ème phrase CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992). Cela signifie que chaque membre du conseil d'administration, individuellement, dans la mesure de son pouvoir de représentation, peut également ratifier après coup un contrat avec soi-même conclu par un autre membre du conseil (*Dieter Zobl*, *Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht*, RJB 125/1989 p. 309s). Cela vaut déjà parce qu'il est évidemment possible à un membre du conseil de ratifier un contrat passé par un autre membre s'il pouvait sans autre le conclure lui-même (*Rolf Watter*, Commentaire bâlois, art. 718 CO n° 21). L'opinion soutenue dans la doctrine ancienne selon laquelle le conseil dans son entier —

c'est-à-dire l'administration — serait compétent (*Fritz von Steiger*, *Das Recht der Aktiengesellschaft*, 4ème édition, Zurich 1970, p. 243; *Rolf Watter*, *Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe etc.*, thèse de Zurich 1985 p. 170s, n° 214s) repose sur la considération que, selon l'ancien droit de la société anonyme, il était prévu, dans le sens d'une norme dispositive, que la représentation de la société anonyme était exercée conjointement par tous les membres du conseil d'administration (art. 717 al. 3 aCO, en vigueur jusqu'au 30 juin 1992). Comme, à la différence de cette règle, il est prévu dans le nouveau droit de la société anonyme — comme déjà dit — le principe de la représentation par chacun des membres du conseil, chacun d'eux peut par principe, en tant qu'*organe de même niveau*, approuver un contrat avec soi-même conclu par un autre membre du conseil.

Lorsque, en revanche, le membre qui a conclu le contrat avec soi-même est l'unique membre du conseil d'administration, il n'y a pas d'organe de même niveau qui puisse ratifier l'acte. Dans ce cas, il faut partir de l'idée que l'assemblée générale, en tant qu'*organe de rang supérieur*, est compétente pour la ratification du contrat avec soi-même (*Zobl*, op. cit., p. 310s; dans le même sens: *F. von Steiger*, op. cit., p. 243; *Watter*, Commentaire bâlois, art. 718 CO n° 21).

(*Tribunal fédéral, 1ère Cour civile*. 2 mai 2001. *Hoirie J. M. c. K. SA*)

(Trad. B. C.)

COMPOSITION RÉGULIÈRE DE L'AUTORITÉ. CAS D'UNE AUTORITÉ COLLÉGIALE DONT CERTAINS MEMBRES SONT ABSENTS. — Cst 29.

c) Savoir si une autorité cantonale, administrative ou judiciaire, est régulièrement composée est une question qu'il faut trancher en première ligne sur la base du droit cantonal d'organisation ou de procédure applicable, dont l'interprétation et l'application ne peut être examinée par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire. Indépendamment de cela, la composition régulière du tribunal, respectivement de l'autorité administrative qui statue, est garantie par la Constitution (art. 58 aCst, resp. 4 aCst; ATF 114 Ia 278 c. 3b p. 279s; cf. art. 29s Cst). Savoir si cette garantie est violée est une question que le Tribunal fédéral examine librement dans les limites des griefs invoqués (ATF 108 Ia 48 c. 2 p. 50 et les réf. citées).

4. — b) Si une autorité est composée d'un certain nombre de membres, ceux-ci doivent tous — sous réserve d'une réglementation contraire — participer à la décision. L'autorité qui décide dans une

composition incomplète, sans que la loi ne prévoise un quorum correspondant, commet un déni de justice formel (ATF 85 I 273ss et les réf. citées; cf. aussi: ATF 114 Ia 275 c. 2a p. 226). Lorsque certains membres veulent ou doivent se récuser pour un motif légitime, il faut les remplacer (*Arthur Haefliger*, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Berne 1985, p. 156). Chaque participant à la procédure a le droit d'exiger que l'autorité soit correctement composée, au complet et sans la présence de personnes non autorisées (*Rhinow / Koller / Kiss*, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Bâle 1996 p. 34 note 144 avec réf.; *G. Müller*, in *Kommentar KV (aCst)*, art. 4 n° 121).

d) Le droit déduit de la Constitution à une composition régulière de l'autorité est de nature formelle; sa violation conduit à l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. parmi d'autres: ATF 126 V 130 c. 2b p. 132 et les réf. citées).

(*Tribunal fédéral, 2ème Cour de droit public. 28 mai 2001. K. c. Kirchenrat der Evangelisch-Reformierten Landeskirche des Kantons Aargau*).

(Trad. B. C.)

BIBLIOGRAPHIE

Nous avons reçu :

De Mestral Thierry, La prime et son paiement, Etude de droit suisse, Université de Lausanne, Editions Bis et Ter, Lausanne 2000, 173 pages, 53 fr.

Thèse de licence et de doctorat lausannoise consacrée aux problèmes théoriques et pratiques posés par le paiement de la prime d'assurance sous l'empire de la LCA.

Antoine Eigenmann, L'effectivité des sûretés mobilières, Editions Universitaires, Fribourg 2001, 643 pages.

Thèse fribourgeoise, élaborée sous la direction du professeur P.-H. Steinauer, qui a préfacé l'ouvrage. Celui-ci, à propos des sûretés mobilières, étudie «la qualité du droit à produire les effets juridiques escomptés». Le bilan de cette analyse n'étant pas satisfaisant, l'auteur a été amené à étudier le droit américain en la matière, soit l'art. 9 du Uniform Commercial Code, pour finalement proposer une large refonte du droit suisse.

PONSARD & DUMAS Depuis 1891

LYON PARIS

*Robes d'avocat, de Magistrat,
d'universitaires, de Confrérie, d'Images, Coiffures, Accessoires*

LYON

PART DIEU 69003
156, rue Vendôme
Ouvert du lundi au samedi,
le samedi sur rendez-vous
Tél. ++33 4 78 95 26 61
Fax ++33 4 78 95 27 21

PARIS

75010 Près du Musée Baccarat
Magasin UNIFORMES DIFFUSION
1 bis, Cité de Paradis (Niveau du 46 rue Paradis)
Métro POISSONNIÈRE
Ouvert du lundi au vendredi
Tél. ++33 1 40 22 04 50
Fax ++33 1 40 22 04 95

J.M. Duchosal Bureau Fiduciaire S.A.

Bureau fondé en 1881

Jacques PERROT, expert-comptable diplômé, adm.
Egon KISS-BORLASE, expert-comptable, diplômé H. E. C., adm.

4, route de Florissant - 1206 Genève - Téléphone 839 66 66

Révision et contrôle des comptes
Expertises, liquidations et arbitrages
Conseil en organisation d'entreprise
Toutes fonctions fiduciaires et fiscales

▶ La simplicité fait le bonheur de nos clients. Et ça se voit.



Devillard
fax • copieurs • Informatique

www.devillard.ch

▶ Faxer, copier, imprimer, tout simplement!

e-mail : bravo@devillard.ch

Devillard SA 19, rue François-Dussaud 1227 Genève/Acacias Tél. 022 308 40 00 Fax 022 308 40 10
Devillard (Yaud) SA 22b, rue du Lac 1020 Renens Tél. 021 633 37 00 Fax 021 633 37 10

Droit à un tribunal indépendant et impartial. Tribunal des baux paritaire. – Art. 6 § 1 CEDH.

Considérée sous un angle objectif et organique, la composition paritaire du Tribunal des baux prévue par la loi en vigueur dans le canton de Vaud, selon laquelle cette juridiction est composée d'un magistrat professionnel, qui préside les débats et les délibérations, et de deux assesseurs, dont l'un représente les milieux de propriétaires et l'autre les organisations de locataires, ne viole pas l'art. 6 CEDH. Le législateur fédéral a lui-même imposé une composition paritaire pour les autorités de conciliation en matière de bail à loyer (art. 274a al. 2 CO) et le TF n'a pas vu d'objection à la composition paritaire d'un tribunal du travail (ATF 119 Ia 81 c. 4a p. 85).

Le juge assesseur issu de l'association suisse des locataires ne doit pas se récuser du seul fait qu'un autre employé de cette association assiste l'une des parties en cause.

Demeurent réservées l'hypothèse où l'association suisse des locataires aurait elle-même un intérêt direct à l'issue du litige et celle où le juge assesseur n'offrirait pas de garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité dans le cas concret. Aucune de ces deux hypothèses n'est toutefois réalisée en l'espèce.

I^{re} Cour civile. – *S. I. X SA c. S.* (recours de droit public), 9 novembre 2000; ATF 126 I 235 (arrêt rédigé en français).

Rés. J. G.

Recours en réforme. Recevabilité. Honoraires et responsabilité du notaire. Droit cantonal. – Art. 43 OJ; 6 CC; 61 CO.

Le recours en réforme au TF n'est pas recevable dans une contestation portant sur la rémunération et la responsabilité d'un notaire appelé à intervenir dans le partage d'une copropriété en vertu du droit cantonal (ici: genevois), même si ce droit renvoie au droit fédéral, applicable à titre supplétif.

I^{re} Cour civile. – *N. c. D.*, 9 mai 2000; ATF 126 III 370 (arrêt rédigé en français, repris dans la Semaine judiciaire 2001 I 149).

Rés. J. G.

*Administration, impression et expédition:
Imprimerie Ruckstuhl S.A., case postale 137, 1020 Renens*

PREVEX

Société de conseil et d'expertise en prévoyance professionnelle
Av. de Cour 41 - 1007 Lausanne - Tél. 021/618 82 20 - Fax 021/618 83 33
e-mail: contact@prevex.ch www.prevex.ch

Nos **spécialistes** sont à votre disposition pour tous services ou études en relation avec la **prévoyance professionnelle**, calculs ou contrôles de prestations de libre passage, avoirs acquis durant le mariage, créations, fusions ou liquidations de **fondations**.

INTERMANDAT SA
société fiduciaire

**Domaines
de notre activité**

Révision – Expertises
Fiscalité – Organisation
Conseils en économie d'entreprises
Administration de sociétés
Fonctions fiduciaires

Lausanne – Petit-Chêne 38
Téléphone 021 / 320 79 01
Genève – Rue du Stand 60
Téléphone 022 / 311 25 00



AGENCE DUPORT S.à.r.l.

Détectives privés

24 heures sur 24

Rue Marterey 5 – Lausanne

☎ 021/312 41 22 - 312 41 67 – Fax 021/320 98 46

L'usage en droit du travail

Gabriel Aubert, Professeur à l'Université de Genève

Les usages ont toujours joué un rôle important en droit du travail. L'auteur examine ici trois aspects: le salaire des travailleurs étrangers, les soumissions publiques et les mesures d'accompagnement aux accords dits bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne. Dans ce dernier domaine, l'auteur prend position sur plusieurs problèmes: les notions de salaire (notamment les rétributions différées), de salaire usuel (par rapport au salaire prévu dans les conventions collectives de travail ou dans le secteur public), ainsi que de sous-enchère abusive et répétée (en particulier dans le cas d'adaptations conjoncturelles et structurelles), avant de traiter de quelques situations particulières: la dénonciation d'une convention collective de travail, la sous-traitance et le travail intérimaire.

Die Übung hat im Arbeitsrecht stets eine wichtige Rolle gespielt. Der Autor untersucht drei Aspekte: den Lohn ausländischer Arbeitnehmer, das öffentliche Beschaffungswesen und die flankierenden Massnahmen zu den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft. Im dritten dieser Bereiche nimmt der Verfasser Stellung zu den Begriffen des Lohns (insbesondere zu den verschiedenen Vergütungsarten), des üblichen Lohns (im Verhältnis zum vorgesehenen Lohn in Gesamtarbeitsverträgen oder im öffentlichen Dienst) sowie der wiederholten missbräuchlichen Unterbietung (insbesondere im Fall von konjunktur- oder strukturel bedingten Anpassungen); anschliessend geht er auf die Sonderfälle der Kündigung von Gesamtarbeitsverträgen, der Einschaltung eines Subunternehmens und der Leiharbeit ein.

Sommaire

- I. Introduction
- II. Le salaire des travailleurs étrangers: l'OLE
- III. Les soumissions publiques
- IV. Les mesures d'accompagnement

1. Le salaire
2. L'usage
3. La sous-enchère abusive et répétée
4. Le cas de la dénonciation de la convention collective de travail
5. La sous-traitance et le travail intérimaire

I. Introduction

Les usages jouent depuis longtemps un rôle considérable en droit du travail. Il suffit de rappeler que, en 1900, le canton de Genève a adopté une loi «fixant le mode d'établissement des tarifs d'usage entre patrons et ouvriers et réglant les conflits relatifs aux conditions de leurs engagements». Cette loi, qui visait essentiellement à déterminer les salaires usuels dans les diverses professions, fut sans doute la première en Europe à donner effet aux conventions conclues entre les organisations patronales et syndicales, appelées aujourd'hui conventions collectives de travail¹.

En outre, dans le titre dixième du code des obligations, nombreuses sont les références à l'usage, auquel la loi confère tantôt un effet supplétif², tantôt un effet dérogatoire³.

Enfin, selon une jurisprudence bien connue, les gratifications versées plusieurs fois sont considérées comme dues, car le salarié peut s'attendre à les recevoir à l'avenir. Ainsi, dans le cadre des rapports de travail, un usage même individuel peut, par application de la théorie de la confiance, entraîner une modification du contrat, sur laquelle l'employeur n'est autorisé à revenir qu'avec l'accord du travailleur⁴.

¹ Cf. ATF 26 I 318; Maurice Battelli, Les lois genevoises de 1900 et de 1904 sur les tarifs d'usage et les conflits collectifs de travail, in Mélanges Antony Babel, Genève 1963, p. 343 ss.

² Effet supplétif: art. 321c al. 2, 322 al. 1, 323a al. 1, 327b al. 1, 329 al. 1, 349b al. 1, 351a al. 2 CO.

³ Effet dérogatoire: art. 322 al. 2, 323 al. 1 et 2; 323a al. 3, 323b al. 1, 327 al. 1 et 2; 327 al. 1 CO.

⁴ Cf., au lieu de plusieurs, Wolfgang Portmann, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, nos 399-404.

Adoptant le même principe en ce qui concerne la naissance des obligations découlant d'un usage, le droit français choisit une solution plus souple s'agissant de leur extinction, car il admet qu'un usage créé par l'employeur soit unilatéralement dénoncé par lui, moyennant respect d'un délai de préavis⁵. Une pareille perspective mériterait d'être approfondie en droit suisse, mais tel n'est pas notre propos ici, car nous voudrions aborder la matière sous d'autres angles.

En effet, ces dernières années, l'usage a connu un vif regain d'intérêt dans trois domaines particuliers: le salaire des travailleurs étrangers (II), les soumissions publiques (III) et, surtout, les mesures accompagnant les accords dits bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne (IV).

II. Le salaire des travailleurs étrangers: l'OLE

Selon l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE)⁶, les autorisations de travail ne peuvent être accordées à un étranger que si l'employeur accorde à celui-ci les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession qu'il accorde aux Suisses.

Mettant un terme à de longues controverses, le Tribunal fédéral a jugé que les conditions salariales assortissant les autorisations de travail constituent un minimum impératif en vertu de l'art. 342 al. 2 CO, de sorte que l'employeur est tenu de les respecter nonobstant tout accord contraire. Bien plus, en l'absence d'autorisation de travail et, par conséquent, de décision administrative fixant le salaire minimum usuel, l'employeur reste tenu de respecter ce minimum, que le juge civil est alors autorisé à déterminer⁷.

L'art. 9 OLE vise à garantir l'égalité de traitement entre travailleurs étrangers et travailleurs indigènes. Il protège la main-d'œuvre indigène (les nationaux et les détenteurs d'un permis C) contre la concurrence de salariés étrangers qui accepteraient de travailler en Suisse à des conditions inférieures à celles qui sont conformes aux usages dans la localité et

dans la profession. Il protège également les travailleurs étrangers contre l'exploitation de leur situation par les employeurs suisses⁸.

Selon l'art. 9 al. 2 OLE, pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, ainsi que des conventions collectives et des contrats-types de travail. En outre, il importe de prendre en considération le résultat des relevés des salaires auxquels procède l'Office fédéral de la statistique.

Ainsi, la détermination de l'usage s'opère au moyen de deux sources: d'une part, des instruments juridiques (prescriptions légales, conventions collectives et contrats-types); d'autre part, des enquêtes sur la pratique (salaires et conditions accordées pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche; enquêtes de l'Office fédéral de la statistique). L'ordonnance n'indique pas quelle importance revêtent les instruments juridiques par rapport aux constatations statistiques. La pratique, qui varie selon les cantons, n'est ni explicite ni rigoureuse. A notre avis, il faut tenir compte du but du régime, selon lequel l'ouverture du marché du travail aux salariés étrangers doit constituer un facteur neutre dans le mécanisme de formation des salaires en Suisse. Est donc inusuel tout salaire dont le montant risquerait d'entraîner des répercussions à la baisse sur les salaires payés dans la branche et la localité, notamment en affaiblissant la portée des contrats-types et des conventions collectives.

III. Les soumissions publiques

Il est admis que, dans le cadre des soumissions publiques ou de l'aide aux entreprises, l'Etat peut exiger de ces dernières l'application des salaires usuels. Dans une telle hypothèse, il n'intervient pas pour garantir l'égalité de traitement entre les indigènes et les étrangers, mais pour promouvoir une politique salariale sociale⁹.

⁵ Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Paris 2000, no 91.

⁶ R.S. 823.21.

⁷ ATF 122 III 110, consid. 4.

⁸ Arrêt précité; cf. aussi ATF 109 Ib 238.

⁹ Cf. ATF 124 I 111; Gabriel Aubert, *Les modalités de l'action étatique: soumissions publiques et conventions collectives de travail*, in *Etudes de droit du travail*, Zurich 1995, p. 73 ss.

Selon l'art. 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)¹⁰, l'accès au marché, pour les offreurs externes au canton, ne peut être restreint par des prescriptions applicables au lieu de destination (c'est-à-dire le lieu d'exécution du travail) que si les restrictions sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (al. 1 let. b). Par intérêts publics prépondérants, on entend en particulier la poursuite d'objectifs de politique sociale (al. 2 let. d).

Aux yeux de la Commission fédérale de la concurrence, les entreprises extérieures au canton doivent pouvoir y offrir leurs biens et services aux conditions applicables dans leur canton d'origine, car, pour garantir la liberté indispensable à la création du marché intérieur, les salaires pratiqués en Suisse sont réputés équivalents les uns aux autres. De ce point de vue, ne répond pas à un intérêt public prépondérant le respect, par l'entreprise sise en dehors du canton, des salaires usuels au lieu où sont offerts les biens et les services¹¹.

La Commission des marchés publics Confédération/Cantons (CMCC) ne partage pas cet avis. Dans un rapport du 15 janvier 2001, elle soutient que les mandats publics ne doivent être attribués qu'aux fournisseurs qui respectent les conditions de travail et les dispositions sur la protection des travailleurs applicables au lieu où la prestation est fournie. A ses yeux, seule cette solution garantirait l'égalité de traitement effective entre les soumissionnaires. Tel ne serait à l'évidence pas le cas si ces derniers étaient soumis à des réglementations (légales ou conventionnelles) différentes¹². La Commission des marchés publics s'appuie, notamment, sur l'art. 11 let. e de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)¹³, selon lequel l'adjudicateur peut exiger, lors de la passation de marchés,

que les entreprises soumissionnaires étrangères au canton respectent les conditions locales relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.

La loi fédérale sur le marché intérieur l'emporte sur le concordat intercantonal, puisque le droit fédéral prime le droit cantonal (art. 49 al. 1 Cst.féd.). Encore faut-il, naturellement, que l'interprétation de la Commission fédérale de la concurrence s'impose.

La Commission des marchés publics n'a visiblement pas eu connaissance des avis de la Commission de la concurrence, qui ont pourtant été publiés; elle n'entreprend pas de les réfuter ou de discuter l'importante thèse de *Clerc*, que confortent des références pertinentes aux travaux préparatoires. De plus, elle fonde en partie son argumentation sur les arrêtés d'extension de conventions collectives, lesquels prévoient que les dispositions sur le salaire et la durée du travail s'appliquent également aux entreprises étrangères qui exécutent temporairement leur prestation en Suisse (travailleurs détachés). Ce faisant, elle oublie que les conventions collectives, instruments de droit privé, ne régissent que les contrats de travail soumis au droit suisse. Or, selon l'art. 121 al. 1 LDIP, le contrat de travail des salariés détachés est en principe régi par un droit étranger, dès lors que ces salariés sont habituellement occupés hors de Suisse. C'est pour ce motif que l'art. 2 al. 1 de la récente loi fédérale sur les travailleurs détachés obligera l'employeur étranger à faire bénéficier les salariés détachés, notamment, des dispositions des conventions collectives étendues (et des contrats-types) quant à la rémunération minimale¹⁴. Il paraît difficile de tirer de cette récente loi, relative aux situations internationales et non encore en vigueur, des conclusions quant au fonctionnement du marché intérieur.

Ainsi, l'avis de la Commission de la concurrence repose sur une étude plus solide que celui de la Commission des marchés publics. Dans ces circonstances, il n'est nullement établi que l'autorité cantonale puisse imposer aux entreprises sises dans un autre canton le respect des salaires usuels dans le canton du lieu d'exécution du travail.

¹⁰ R.S. 943.02.

¹¹ *Evelyne Clerc*, L'ouverture des marchés publics, Fribourg 1997 p. 448 ss, avec de nombreuses références aux travaux préparatoires; DPC 2000, p. 291; 1998, p. 334 et 342.

¹² Rapport (non publié) du 15 janvier 2001 de la Commission des marchés publics Confédération/Cantons (CMCC) sur les effets de la libéralisation des marchés publics en Suisse, Bilan intermédiaire et mesures à prendre suite l'application de l'Accord OMC sur les marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur et en vue de l'application de l'Accord bilatéral sectoriel conclu entre la Suisse et l'UE aux niveaux fédéral, cantonal et communal, p. 59 et 61.

¹³ R.S. 172.056.4.

¹⁴ Art. 2 de la loi sur les travailleurs détachés, FF 1999, p. 7942 ss.

IV. Les mesures d'accompagnement

Les dispositions annexées à la récente loi sur les travailleurs détachés permettent aux autorités fédérales et cantonales d'imposer le respect des salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession lorsqu'ils font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée. Elles créent à cet effet deux instruments: d'une part, les contrats-types impératifs; d'autre part, l'extension facilitée des conventions collectives de travail¹⁵.

Ces instruments ne visent pas à assurer l'égalité de traitement entre les travailleurs indigènes et les travailleurs étrangers, mais à combattre la sous-enchère abusive et répétée dans le domaine salarial. Ils s'appliquent donc non seulement lorsque cette sous-enchère serait causée par la main-d'œuvre étrangère, mais aussi lorsqu'elle résulte de facteurs purement internes¹⁶. De ce point de vue, leur portée se révèle beaucoup plus large que celle de l'art. 9 OLE.

La notion de salaire usuel domine le nouveau dispositif légal. Pour l'interpréter, il faut se référer à une déclaration de M. le conseiller fédéral *Pascal Couchepin*, qui en a donné lecture au Conseil des Etats pour servir de base à l'interprétation authentique des textes. Bien qu'elle soit déjà citée dans les études de *Portmann* et de *Veuve*, nous n'hésitons pas à la reproduire ici pour la commodité du lecteur. En voici la teneur¹⁷:

Concernant la notion d'abus, nous apportons les précisions suivantes:

(1) Il ne peut y avoir un phénomène de sous-enchère salariale au sens des nouvelles dispositions que si, au sein d'une branche ou d'une profession, les critères habituels de fixation des salaires et/ou la fourchette des salaires usuels sont abandonnés par les entreprises.

(2) Il faudra donc dans tous les cas procéder à une comparaison. Cette comparaison pourra s'effectuer entre les salaires qui sont versés à deux moments différents. Il y a

abus lorsque les salaires précédemment usuels ne sont plus versés ultérieurement. A noter que cette comparaison doit naturellement se faire indépendamment de l'évolution d'autres facteurs conjoncturels ou structurels qui justifierait à elle seule une modification du niveau des salaires à la hausse ou à la baisse. Cette comparaison pourra aussi s'effectuer entre les salaires usuels dans la branche, ou la profession en général, et ceux versés au même moment par quelques entreprises. L'abus consiste alors à profiter de payer des salaires inférieurs à ceux usuels dans la branche, la région ou la localité.

(3) Le but des nouvelles dispositions que le Conseil fédéral propose d'intégrer dans le Code des obligations vise à permettre, en cas d'abus dans une branche ou une profession déterminée, 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.

Nous examinerons successivement les notions de salaire (1), d'usage (2) et de sous-enchère abusive et répétée (3), avant de traiter quelques cas particuliers: d'une part, la dénonciation de la convention collective de travail (4) et, d'autre part, la sous-traitance et le travail intérimaire (5).

1. Le salaire

Pour mesurer les conséquences négatives d'une sous-enchère, il faut prendre en considération tous les éléments de la rémunération. La notion de salaire recouvre donc le salaire au sens des art. 322 CO (montant en général), 322a CO (participation au résultat de l'exploitation), 322b CO (provision), 322d CO (gratification), 324a/b CO (salaire en cas d'empêchement de travailler), 326 CO (salaire aux pièces et à la tâche) et 329d CO (salaire des vacances). Il convient de noter, à cet égard, que le Tribunal fédéral a expressément inclus dans la notion de salaire dû aux travailleurs temporaires, au sens de l'art. 20 LSE, le salaire en cas d'empêchement de travailler prévu par la convention collective – étendue – applicable à l'entreprise utilisatrice¹⁸.

Qu'il faille prendre en compte toutes les composantes du salaire, l'exemple suivant le prouve. L'entreprise X verse à ses travailleurs des salaires mensuels inférieurs de 3 % à celui des travailleurs de l'entre-

¹⁵ Cf. les futurs art. 360a CO, ainsi que 1a et 2 ch. 3^{bis} LECCT; sur ce sujet: *Wolfgang Portmann*, Die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten, DTA 2001, p. 33 ss; *Daniel Veuve*, Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes, in Accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle 2001, p. 289 ss; *Jean-Fritz Stöckli*, Commentaire bernois, n. 64 ad art. 356b et n. 1-8 ad art. 360a-f CO.

¹⁶ *Portmann* (note 15), p. 10.

¹⁷ BOCE 1999 p. 730-731.

¹⁸ ATF 124 III 126.

prise Y, mais ajoute un treizième salaire. On ne saurait considérer comme défavorisés les travailleurs de l'entreprise X, dont le salaire annuel total est supérieur à celui des employés de l'entreprise Y. Si l'entreprise X était contrainte d'aligner ses salaires mensuels sur ceux de l'entreprise Y, il y aurait grand risque qu'elle supprime le treizième mois, ce qui tournerait au désavantage de ses travailleurs.

De même qu'elle ne vise pas à uniformiser les composantes de la rémunération, dont la répartition n'a pas d'impact sur le coût du travail, de même la réglementation légale ne saurait tendre à modifier le rapport entre les rémunérations immédiates et les rémunérations différées, qui entrent simultanément dans le coût du travail. En conséquence, les cotisations sociales, en particulier celles de retraite (prévoyance professionnelle), doivent être incluses dans le salaire. En juger autrement reviendrait à défavoriser les employeurs et les travailleurs qui font preuve de prévoyance et, par conséquent, à décourager (voire à restreindre) ces efforts de prévoyance, lesquels servent aussi l'intérêt public¹⁹.

2. L'usage

Le salaire usuel est le salaire effectivement pratiqué dans la localité, la branche ou la profession²⁰.

Selon la «déclaration Couchepin», le salaire usuel peut être considéré soit sous l'angle des *critères de fixation* (par quoi il faut entendre la valeur accordée à ces divers critères, comme les qualifications, le rendement, l'âge, l'ancienneté ou les unités de temps), soit sous l'angle de la *fourchette pratiquée* (par quoi il faut entendre les rémunérations situées entre le maximum et le minimum pratiqués dans la localité et dans la branche).

En regard de cette déclaration, ne sont que partiellement convaincantes les explications de *Veuve*, selon qui l'appréciation du caractère usuel «devra se fonder sur une pluralité de facteurs dont certains sont économiques, d'autres juridiques, politiques ou soci-

aux»²¹. En effet, l'usage est une notion de fait; en revanche, savoir si des rémunérations méritent d'être corrigées relève de la politique sociale. Or, la politique sociale, dont la loi est l'instrument, doit intervenir au niveau du remède à la sous-enchère et non pas au niveau de sa définition. En d'autres termes, l'usage, reflet d'une situation objective, ne saurait être déterminé selon les règles de l'équité.

L'on ne saurait partir du principe que le salaire prévu dans une convention collective représente le salaire usuel dans la branche. En effet, l'usage n'est pas le résultat d'une négociation, mais un fait à constater. Le salaire minimum découlant d'une convention collective de travail ne représente donc l'usage que s'il est très largement appliqué dans la branche²². Il n'en ira pas de même si les employeurs non liés pratiquent – comme ils en ont le droit – des salaires inférieurs aux salaires conventionnels. Dans cette hypothèse, il faudra se fonder sur l'observation statistique, auprès d'un échantillon représentatif d'entreprises, pour déterminer les salaires usuels. L'échantillon statistique prendra en compte aussi bien les entreprises liées par une convention collective et celles qui ne sont pas liées; il devra refléter convenablement les différentes catégories d'entreprises (petites et grandes).

Le cas des conventions collectives étendues est particulier. En effet, ces dernières doivent être appliquées par tous les employeurs et tous les travailleurs de la branche (art. 4 LECCT). Dans ce sens, le salaire qu'elles fixent reflète nécessairement l'usage. Toutefois, à vrai dire, lorsqu'existe une convention collective étendue, la question de la détermination du salaire usuel ne se pose pas. En effet, dans une telle hypothèse, l'on n'a pas à se demander si les conditions de l'extension facilitée sont réalisées (art. 1a LECCT). En outre, l'autorité n'est pas habilitée à instaurer des contrats-types impératifs lorsqu'une convention collective fixant des salaires minimaux se révèle susceptible d'extension (art. 360a CO).

L'extension facilitée et les contrats-types impératifs visent à empêcher la sous-enchère dans le secteur privé. Ils ne s'appliquent pas aux rémunérations déterminées par le droit public fédéral ou cantonal

¹⁹ Dans ce sens l'arrêt *Mazzoleni*, de la Cour de justice des Communautés européennes, du 15 mars 2001, point 35.

²⁰ *Adrian Staehelin*, Commentaire zurichois, n. 29 ad art. 322 CO; *Manfred Rehbinder*, Commentaire bernois, n. 10 ad art. 322 CO; *Frank Vischer*, *Arbeitsvertrag*, Bâle 1994, p. 98.

²¹ *Op. cit.* (note 15), p. 300.

²² *Staehelin*, loc. cit. à la note 20.

(cf. art. 6 al. 1 CC). Pour la même raison, les rémunérations du secteur public ne sauraient entrer dans l'échantillon représentatif de l'usage sur le marché privé, car la nouvelle réglementation n'a pas pour but d'harmoniser les salaires du secteur privé et ceux du secteur public, mais d'empêcher la sous-enchère abusive entre employeurs et travailleurs privés. Les rémunérations du secteur public n'interviendront comme critères de l'usage que dans les cas – difficilement imaginables – où le travail en cause n'est exécuté que dans le secteur public, de sorte que l'autorité serait dépourvue de toute base de comparaison dans le secteur privé.

3. La sous-enchère abusive et répétée

Selon la «déclaration Couchepin», l'abus résulte tantôt d'un changement de pratique (une ou plusieurs entreprises abandonnent les critères de fixation des salaires ou la fourchette usitée), tantôt de la différence entre les salaires pratiqués par une ou plusieurs entreprises. Cette distinction ne paraît pas très utile, car les deux situations peuvent se confondre. Quoi qu'il en soit, la sous-enchère suppose un écart entre la pratique examinée et la pratique usuelle, définie par les critères de fixation des salaires ou la fourchette existante.

Pour qu'il y ait abus, cet écart doit être important ou, en d'autres termes, affecter une pluralité de cas de façon marquante. Selon *Portmann*, les écarts doivent risquer de susciter des réactions en chaîne ou affecter des entreprises occupant une position dominante; il doit s'agir d'écarts massifs ou systématiques²³.

A suivre *Stöckli*, la sous-enchère est abusive si les nouveaux salaires sont inférieurs à la moyenne à raison de 10 à 15 %, à moins que des motifs particuliers, comme la qualité des prestations et l'évolution du marché du travail, justifient un écart plus grand²⁴. Toutefois, les fondements statistiques de ces taux de 10 à 15 % sont fragiles, car leur application, dans la réalité, se révèle extrêmement limitée²⁵; il ne s'agit point d'une pratique reconnue. De

plus, il est exclu de considérer que l'usage s'identifie à une moyenne, car, précisément, la «déclaration Couchepin» admet une fourchette, ce qui signifie que tous les salaires inclus dans la fourchette sont conformes à l'usage, même si la fourchette des salaires est très ouverte et présente des écarts supérieurs à 10 ou 15 %. Enfin, placer «hors l'usage» les entreprises qui pratiquent des salaires se situant dans une fourchette usuelle, mais notablement inférieurs à la moyenne, reviendrait à provoquer une hausse automatique des salaires moyens, ce que la loi ne vise nullement.

Même importante, la sous-enchère n'est pas en elle-même abusive. En effet, la «déclaration Couchepin» indique, sans ambiguïté, que la sous-enchère dictée par des motifs conjoncturels (stagnation ou récession) ou structurels (réorganisation de l'offre de biens ou de services) ne revêt pas un caractère abusif. Les entreprises conservent donc la liberté de réagir aux impératifs économiques d'ordre conjoncturel ou structurel. En pratique, l'appréciation de ces éléments donnera lieu à des controverses, vu la difficulté d'apprécier si une diminution des salaires résulte ou non d'une anticipation de changements conjoncturels ou structurels.

Dans cette perspective, les instruments nouveaux ne sauraient être utilisés pour empêcher l'évolution conjoncturelle ou structurelle des rémunérations, au moyen d'une fixation préventive de salaires minimum, en l'absence de constatation d'une sous-enchère abusive et répétée. Comme l'a déclaré le conseiller fédéral *Couchepin*, il s'agit seulement de «rétablir la situation».

Ainsi, les nouvelles dispositions prohibent essentiellement la modification des salaires visant à accroître les bénéfices par l'exploitation de la situation de faiblesse d'un groupe social, en particulier la main-d'œuvre étrangère²⁶.

L'art. 9 OLE, d'une part, et les art. 360a CO et 1a LECC, d'autre part, n'ont pas la même portée. Le premier vise uniquement à garantir l'égalité de traitement entre indigènes et étrangers, si bien que l'autorité doit «photographier» l'usage au moment où elle détermine si le salaire offert à l'étranger est

²³ Op. cit. (note 15), p. 9.

²⁴ Op. cit. (note 15), n. 3 ad art. 360a-f CO.

²⁵ *Jean-Fritz Stöckli*, *Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages*, Berne 1990, p. 194.

²⁶ *Portmann*, op. cit. (note 15), p. 9.

conforme. Les seconds servent seulement à combattre la sous-enchère abusive, de sorte que l'autorité doit prendre en compte l'usage qu'elle constate, mais n'est pas liée par lui. En effet, selon la «déclaration Couchepin», les employeurs sont autorisés à offrir à leurs travailleurs (indigènes ou ressortissants de la Communauté européenne) des salaires inférieurs aux usages pour des motifs d'ordre conjoncturel ou structurel.

En d'autres termes, selon l'OLE, l'autorité veille à ce que l'engagement de salariés étrangers non ressortissants de la Communauté européenne demeure sans conséquence sur les rémunérations versées en Suisse. En revanche, selon les mesures d'accompagnement, l'autorité interdit seulement la sous-enchère abusive et répétée, mais non pas les baisses de salaire résultant d'une sous-enchère justifiée par des facteurs conjoncturels ou structurels, quand bien même cette sous-enchère émanerait de la main-d'œuvre communautaire.

4. Le cas de la dénonciation de la convention collective de travail

Dans l'hypothèse où elle n'est pas largement appliquée, la convention collective ne reflète pas l'usage. Qu'elle soit en vigueur ou qu'elle ait été dénoncée sans renouvellement, rien n'empêche la conclusion de contrats de travail prévoyant des salaires inférieurs aux salaires conventionnels²⁷.

Dans l'hypothèse où la convention collective échue était très largement appliquée, les salaires qu'elle prévoyait seront réputés usuels. Toutefois, cette constatation n'empêchera pas les entreprises de réduire les salaires pour des motifs conjoncturels ou structurels, comme le précise la «déclaration Couchepin». Ce sont d'ailleurs souvent de tels motifs qui expliquent le non-renouvellement d'une convention collective.

La résiliation de la convention collective ne justifie pas, en elle-même, l'adoption préventive d'un contrat-type obligatoire. La procédure ne peut être entamée qu'à condition qu'une sous-enchère abusive et répétée ait été constatée.

²⁷ Sur les conséquences de l'expiration d'une convention collective de travail, cf. *Eugen X. Haener*, *Das Arbeitsverhältnis nach der ersatzlosen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages*, Bâle 1984.

En général, les entreprises couvertes par une convention collective forment une branche qui a sa propre spécificité (marchés, fournitures, etc.). Il est donc exclu, lorsqu'expire une convention collective de travail non renouvelée (peu importe qu'elle ait été, ou non, largement respectée), de soumettre automatiquement les entreprises naguère liées par cette convention à celle d'une branche voisine. Ce serait étendre une convention collective, sans condition, en dehors de son champ d'application professionnel, ce qu'aucune loi ne permet.

5. La sous-traitance et le travail intérimaire

Comme on sait, l'usage applicable se détermine en fonction de la branche ou de la profession. Ce qui caractérise la branche, c'est l'activité de l'employeur et du travailleur liés par le contrat de travail. Peu importe à quel endroit ou au bénéfice de quelle entreprise s'exerce cette activité, pourvu que cette dernière soit organisée et dirigée par l'employeur.

Un problème particulier survient en cas de sous-traitance de certaines activités (par exemple, une entreprise de nettoyage exécute des travaux dans un hôtel, dans un garage ou dans un grand magasin). En effet, supposé que les salaires versés par l'entreprise de nettoyage soient inférieurs à ceux qui sont usuels, pour de mêmes travaux, dans l'hôtellerie, dans les garages ou dans les grands magasins, sur quelle base l'usage se définira-t-il?

La loi ne saurait empêcher ni la sous-traitance de certains travaux, ni le développement de branches spécialisées dans cette sous-traitance. En effet, elle ne s'oppose nullement aux évolutions structurelles de l'économie, comme l'a indiqué M. le conseiller fédéral *Couchepin*.

Il faut donc admettre que l'usage applicable aux entreprises spécialisées dans la sous-traitance de certains services se détermine au sein de la branche constituée par ces entreprises. Ainsi, pour reprendre notre exemple, la branche du nettoyage existe en tant que telle, même si les entreprises de cette branche effectuent des travaux dans l'hôtellerie, dans les garages ou dans les grands magasins. L'usage doit se déterminer dans le cadre de la branche du nettoyage.

On se gardera de confondre la détermination de l'usage, aux fins de l'extension facilitée ou de l'adoption de contrats-types impératifs, avec l'examen des conditions de dérogation à la loi fédérale sur le travail. Entre autres choses, cette loi fixe la durée maximum du travail et interdit le travail de nuit, tout en autorisant des dérogations pour certaines catégories d'entreprises et de travailleurs. En cas de sous-traitance, la question se pose de savoir si les dérogations doivent être examinées à la lumière des dispositions applicables à l'entreprise qui confie le travail en sous-traitance ou à celle qui exécute ce travail. Selon le système de la loi, l'intérêt public n'autorise une dérogation qu'en fonction de la nécessité de l'accomplissement du travail en dehors des horaires normaux. Cette nécessité se mesure selon l'activité aux fins de laquelle est exécutée la sous-traitance. C'est pourquoi, selon l'art. 51 OLTr 2, l'entreprise – sous-traitante – de nettoyage peut invoquer les dispositions dérogatoires pour effectuer un travail en dehors des horaires normaux si les activités de l'entreprise utilisatrice le justifient. En d'autres termes, la dérogation s'octroie non pas en fonction de la branche à laquelle appartient l'employeur, mais d'après la nécessité d'exercer l'activité en dehors des horaires normaux. Il est donc logique que, dans le régime particulier des dérogations, le critère en vigueur diffère de celui qui s'applique en cas de détermination de l'usage. On notera d'ailleurs que l'art. 51 OLTr 2 reconnaît la légitimité de la sous-traitance, puisqu'il permet aux entreprises de nettoyage de bénéficier des dérogations qu'aurait pu invoquer l'entreprise bénéficiaire des services.

Le travail intérimaire diffère de la sous-traitance en ce sens qu'il aménage des rapports dans le cadre desquels la personne qui organise et dirige le travail n'est pas l'employeur du salarié, mais l'entreprise utilisatrice, locataire des services de ce dernier (cf. art. 12 ss de la loi fédérale sur la location de services, LSE)²⁸.

Il est difficile d'établir des salaires usuels dans la branche du travail intérimaire, puisque ces salaires varient selon les activités en cause, qui ne sont ni organisées ni dirigées par l'entreprise de travail intérimaire.

Le législateur a reconnu cette situation particulière, en statuant que si l'entreprise utilisatrice est soumise à une convention collective de travail munie d'une déclaration d'extension, l'entreprise de travail intérimaire doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail (art. 20 LSE)²⁹.

A mon avis, cette disposition s'applique par analogie lorsqu'il s'agit de déterminer les usages selon les art. 360a CO et 1a LECCT, car les buts visés par ces dispositions et par l'art. 20 LSE sont pareils. En d'autres termes, pour les entreprises de travail intérimaire, les salaires usuels seront déterminés en fonction des taux en vigueur dans la branche de l'entreprise utilisatrice.

²⁸ Sur le travail intérimaire en général, cf. *Luc Thévenoz*, *Le travail intérimaire*, Lausanne 1987.

²⁹ Cf. *Luc Thévenoz*, *La nouvelle réglementation du travail intérimaire*, in *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1994, p. 30 ss.; *Andreas Ritter*, *Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz*, Berne 1994, p. 148 ss.