

A C G 1

15 AVR. 2002

REÇU le

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

Communauté genevoise d'action syndicale
6, rue des Terreaux-du-Temple
1201 Genève

Genève, le 8 avril 2002

AVIS DE DROIT

SUR LES USAGES

SOMMAIRE

I.	Principes généraux en matière d'usages	3
II.	Rôle des usages en matière de police des étrangers.....	4
A.	Législation fédérale.....	4
B.	Mise en œuvre dans le canton de Genève.....	5
C.	Portée civile des usages en matière de main-d'œuvre étrangère.....	6
D.	Modifications du régime avec l'entrée en vigueur des accords bilatéraux avec l'Union européenne	8
III.	Usages en matière de marchés publics.....	10
A.	Principes généraux.....	10
B.	Système en vigueur dans le canton de Genève.....	11
C.	Portée civile des usages en matière de marchés publics.....	13
IV	Mode de détermination des usages.....	15
A.	Principes généraux.....	15
B.	Questions particulières	18
a)	Quelles sont les conditions de travail à régler dans les usages... 18	18
b)	Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail.....	19
d)	Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail non étendue ?	20
e)	Comment déterminer les usages en présence de plusieurs conventions collectives de travail ?	21
f)	Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail dénoncée ?	21
g)	Comment déterminer les usages en l'absence de convention collective ?	21
h)	Peut-on tenir compte du secteur public pour définir les usages dans une branche ?	22
i)	Doit-il y avoir des usages pour toutes les professions ?	23
j)	Qu'est-ce qu'une profession ou une branche ?.....	24
k)	Quelle est la délimitation géographique des usages ?.....	24
l)	Faut-il faire une distinction entre grandes sociétés et petites entreprises actives dans une même branche ?.....	25
m)	Pour déterminer les usages, doit-on prendre en compte l'activité Du salarié ou le secteur économique auquel appartient l'entreprise ?	26

Mesdames, Messieurs,

Nous vous adressons ci-après, notre avis de droit sur les usages.

Pour établir le présent avis de droit, nous avons notamment pris en compte l'ensemble des documents de l'OCIRT au sujet la définition des conditions de travail en usage à Genève transmis par Monsieur Charles BEER.

I. PRINCIPES GENERAUX EN MATIERE D'USAGES

1. L'usage se définit comme un comportement communément adopté, en fait, dans des circonstances déterminées de la vie juridique (Henri DESCHENAUX, *Le titre préliminaire du code civil*, Fribourg, 1969, p. 42).

Les usages jouent un rôle particulier en droit. Ils ne sont jamais applicables comme tels car ils ne constituent pas une source du droit. En revanche, ils peuvent servir à compléter la loi lorsque celle-ci y renvoie expressément ou à interpréter et compléter les contrats. Les parties peuvent en outre décider d'intégrer les usages à leur contrat (Peter GAUCH / Walter R. SCHLUEP / Pierre TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, Tome 1, 2^{ème} éd. Zurich, 1982, N 12 et ss.).

2. En droit du travail, plusieurs dispositions du Code des Obligations font référence aux usages soit pour leur conférer un effet supplétif (par exemple art. 321c al. 2, art. 322 al. 1 CO), soit pour leur conférer un effet dérogoire (par exemple art. 322 al. 2 CO, art. 323 al. 1 et 2 CO).

Selon les principes généraux rappelés ci-dessus, les usages n'ont en soi pas de portée juridique, même en droit du travail. Ainsi, si le contrat de travail d'un salarié prévoit une rémunération basse, inférieure au salaire usuel dans la profession, le salarié concerné ne pourra réclamer avec succès devant les tribunaux la différence de salaire avec le salaire usuel : en effet, selon l'article 322 al. 1 CO, le salarié ne peut invoquer le salaire usuel que s'il n'existe pas de salaire contractuel.

3. Ces principes généraux de droit privé concernant les usages doivent toutefois être relativisés en raison du rôle important que joue la réglementation de droit public sur les conditions de travail, principalement en matière de police des étrangers et de soumissions publiques.
4. Ce sont ces règles de droit public, et leur influence sur les contrats individuels de travail que nous examinerons dans la suite du présent avis de droit. Nous traiterons en premier lieu le rôle des usages en matière de police des étrangers (II) et de marchés publics (III), puis nous examinerons les principes généraux applicables pour la détermination des usages (IV/A), ce qui nous permettra de répondre ensuite aux questions que vous nous avez soumises (IV/B).

II. ROLE DES USAGES EN MATIERE DE POLICE DES ETRANGERS

A. LEGISLATION FEDERALE

5. Selon l'article 16 de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE) pour les autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère (al. 1). En règle générale, lorsqu'il s'agit de la prise d'un emploi, l'autorité, avant d'accéder à une demande, prendra l'avis de l'office de placement compétent (al. 2).
6. L'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE), a été édictée par le Conseil Fédéral en application de la LSEE. Les buts de cette réglementation sont les suivants (art. 1 OLE) :
 - assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente ;
 - créer des conditions favorables à l'intégration des résidents étrangers ;

- améliorer la structure du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi.

7. L'article 9 OLE concrétise les deux derniers objectifs énoncés à l'article 1 OLE en prévoyant que les autorisations de travail ne peuvent être accordées que si l'employeur accorde à l'étranger les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession qu'il accorde aux Suisses et que si l'étranger est assuré de manière adéquate contre les conséquences économiques d'une maladie.

Selon cette disposition, l'employeur ne peut obtenir une autorisation de travail pour un employé étranger que si les deux conditions suivantes sont au moins remplies :

- L'employeur accorde aux travailleurs étrangers les mêmes conditions de travail et de rémunération qu'offre aux travailleurs indigènes ;
- L'employeur accorde aux travailleurs étrangers des conditions de travail et de salaire conformes à celles en usage dans la localité et la profession.

8. Le Tribunal fédéral a répété, à plusieurs reprises, que le but de cette règle était, d'une part, de préserver les travailleurs suisses d'une sous-enchère induite par la main-d'œuvre étrangère et, d'autre part, de protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes (ATF 122 III 110, consid.4 d ; arrêt 4C 230/1999 du 15 septembre 1999 , consid. 1b).

9. L'article 9 al. 2 OLE fixe les principes applicables à la détermination des usages. Nous y reviendrons dans la suite du présent avis de droit (IV/A).

B. MISE EN ŒUVRE DANS LE CANTON DE GENEVE

10. La mise en œuvre de l'article 9 OLE est du ressort des autorités cantonales.

Selon l'article 42 al. 1 OLE, il appartient en effet aux offices cantonaux de l'emploi d'examiner si les conditions pour l'exercice d'une activité lucrative prévues aux articles 6 à 11 OLE sont remplies.

11. Dans le canton de Genève, le règlement d'application des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers du 8 février 1989 (F 2 10.03) met en place une procédure pour assurer le respect de l'article 9 OLE.

12. Selon l'article 5 de ce règlement, conformément à l'ordonnance limitant le nombre des étrangers, l'Office cantonal de l'emploi veille à ce que les travailleurs étrangers en cause soient traités, pour un même travail, sur le même pied que les Suisses, notamment quant aux conditions de rémunération et de travail en usage, à Genève, dans la profession (al. 1).

L'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail fait connaître aux employeurs non liés par une convention collective de travail au sens des articles 356 à 362 du Code des Obligations du 30 mars 1911, les usages de leur profession (al. 2).

Les employeurs visés par l'alinéa 2 sont tenus de signer un engagement officiel de respecter les usages de leur profession. Ils doivent respecter les usages depuis la date à laquelle l'engagement a été signé (al. 3). L'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail contrôle le respect des usages (al. 4).

L'Office cantonal de l'emploi prend sa décision ou établit son préavis en se fondant notamment sur la situation du marché de l'emploi et sur les avis motivés des partenaires sociaux entrant en ligne de compte ainsi que le cas échéant, sur celui de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (al. 5).

13. En application de cette disposition, ainsi que de dispositions semblables en matière de marchés publics (voir infra III/B), l'OCIRT a établi des usages dans de nombreuses branches.

La table des matières de ces différents usages a été définie par le Conseil d'Etat, avec l'accord des partenaires sociaux.

**C. PORTEE CIVILE DES USAGES EN MATIERE DE MAIN D'ŒUVRE
ETRANGERE**

14. La portée de l'article 9 OLE a été renforcée récemment par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de contrat de travail.

Le Tribunal fédéral a en effet jugé que les conditions salariales assortissant les autorisations de travail constituaient un minimum impératif en vertu de l'article 342 al. 2 CO, même si des conditions moins favorables avaient été convenues directement avec le salarié.

En outre, le Tribunal fédéral a jugé qu'en l'absence d'autorisation de travail, il appartenait au juge civil de déterminer le salaire minimal en lieu et place de l'autorité administrative (ATF 122 III 110, consid. 4). Par le biais de cette jurisprudence, l'emploi au noir de salariés étrangers ne peut juridiquement pas conduire à la fixation de conditions de travail inférieures à celles en usage.

15. La signature des usages par une entreprise n'entraîne en revanche aucune obligation légale pour cette dernière à l'égard des salariés indigènes de l'entreprise.

En effet, l'article 342 al. 2 CO ne prévoit d'effet civil que pour les obligations découlant de dispositions légales de droit public. Comme le fondement de l'application des usages repose uniquement sur l'article 9 OLE, ce n'est que pour les salariés étrangers soumis à autorisation de travail que les usages trouvent application. Il serait de toute façon contraire au droit fédéral, qui prévoit la liberté contractuelle, d'imposer, par le biais du droit cantonal, le respect des usages pour la main-d'œuvre indigène (Suisses et étrangers au bénéfice d'un permis C).

16. Dans un arrêt du 18 juin 2001, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a fait application des usages à un salarié étranger, sans référence à une autorisation de travail déterminée, au seul motif que son employeur avait signé les usages auprès de l'OCIRT (cause N° C/21596/2000-1).

Au vu des principes énoncés ci-dessus, la motivation de cet arrêt nous apparaît erronée.

D. MODIFICATIONS DU REGIME AVEC L'ENTREE EN VIGUEUR DES ACCORDS BILATERAUX AVEC L'UNION EUROPEENNE

17. Le droit européen impose le principe de non-discrimination, au sein d'un Etat membre, des ressortissants d'autres pays membres par rapport aux nationaux.

Ce principe s'appliquera dans les rapports entre et les Etats membres de l'Union européenne, dès l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes.

En conséquence, la Suisse ne pourra maintenir ni le principe de la priorité des travailleurs indigènes, ni son système de contingentements, ni enfin son système actuel de contrôle des conditions de travail et de salaire face aux ressortissants des pays membres de l'Union européenne (Daniel VEUVE, *Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in Daniel FELDER / Christine KADDOUS (éd.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bâle, Genève, Munich, Bruxelles, 2001, p. 289 et ss / p. 292)

En d'autres termes, le régime de l'article 9 OLE, exposé ci-dessus, ne s'appliquera qu'aux ressortissants de pays extérieurs à l'Union européenne.

18. Cela étant, l'accord bilatéral aménage un passage progressif à la libre circulation des personnes pendant une période transitoire de 12 ans à partir de son entrée en vigueur.

Le contrôle de conditions de travail et de salaire sera ainsi maintenu durant les deux premières années suivant l'entrée en vigueur des accords bilatéraux. Dès la troisième année, ce système sera aboli et remplacé par les mesures d'accompagnement (Olivier MACH, *L'Accord sur la libre circulation des personnes dans l'optique des praticiens*, in FELDER / KADDOUS, op. cit, p. 311 et ss / p, 313 et ss).

19. Contrairement au système actuel de contrôle des conditions de travail et des salaires, les mesures d'accompagnement sont conçues de manière non discriminatoire.

Ces mesures d'accompagnement permettent aux autorités 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.

Deux instruments sont prévus à cet effet :

- les contrats-types impératifs (art. 360a ss CO) ;
- l'extension facilitée des conventions collectives (art. 1a et 2 ch. 3bis LECCT).

20. Ces instruments s'appliquent non seulement lorsque cette sous-enchère est causée par la main d'œuvre étrangère, mais également lorsqu'elle résulte de facteurs purement internes (Gabriel AUBERT, *L'usage en droit du travail*, in DTA 3/2001 p. 95 et ss/ p. 98 et ss ; VEUVE, op. cit., p. 292 et ss).

21. La notion d'usage réapparaît dans les mesures d'accompagnement. En effet, pour constater l'existence d'une sous-enchère, il est nécessaire de se référer à un usage antérieur.

Quant à la méthode de détermination des usages, elle est identique dans le régime actuel de l'article 9 OLE et dans le nouveau régime des mesures d'accompagnement (VEUVE, op. cit., p. 299). Seules les autorités compétentes et la procédure changeront.

22. Pour établir l'usage et l'existence d'une éventuelle sous-enchère abusive et répétée, le nouvel article 360b CO institue des commissions tripartites fédérale et cantonales chargées d'observer le marché du travail.

Pour leur permettre de remplir leurs tâches, la loi octroie aux commissions tripartites un pouvoir d'enquête dans les entreprises ; elles peuvent en particulier exiger la consultation de tout document permettant d'établir le

montant des salaires et les conditions de travail pratiqués dans l'entreprise (art. 360b al. 4 CO).

23. Il appartient aux cantons d'adopter une législation d'application pour donner corps à ces commissions tripartites.

Il est important que l'observation du marché du travail débute déjà pendant la première période de deux ans, durant laquelle le contrôle des conditions de travail est maintenu. En effet, si l'on veut que les nouveaux instruments puissent être utilisés dès l'abolition du système de contrôle préventif des conditions de travail, il est nécessaire de connaître à cette date les usages réels suivis dans les différents secteurs économiques.

III. USAGES EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

A. PRINCIPES GENERAUX

24. En matière de marchés publics, il a toujours été admis que les collectivités publiques puissent exiger l'application des salaires usuels dans le but de promouvoir une politique salariale sociale (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 96-97; le même, *Les modalités de l'action étatique : soumissions publiques et conventions collectives de travail*, in *Etudes de droit du travail*, Zurich, 1995, p. 73 et ss.).
25. Dans un arrêt de 1972, le Tribunal fédéral a admis la constitutionnalité de la réglementation tessinoise de l'époque qui imposait l'obligation d'adhérer à la convention collective de la branche aux architectes et ingénieurs désireux de soumissionner en vue d'obtenir des mandats de l'Etat. Il a considéré que cette réglementation n'était pas contraire au droit fédéral car l'existence de la procédure d'extension prévue par la LECCT n'avait pour conséquence d'empêcher les cantons de promouvoir par leurs propres moyens la conclusion et le respect des conventions collectives (ATF 102 Ia 541).

B. SYSTEME EN VIGUEUR DANS LE CANTON DE GENEVE

26. La législation en matière de marchés publics a été récemment modifiée.

Pour les adjudications cantonales, elle est maintenant régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, entrée en vigueur pour Genève le 9 décembre 1997 (L 6 05).

27. Selon l'article 11 de cet accord, lors de la passation de marchés, les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail doivent être respectées.

L'accord intercantonal ne définit pas qu'elle est la portée de ce principe.

28. Dans la réglementation cantonale d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics, il existe en revanche une règle précise qui prévoit le respect des conditions de travail locales :

« Lors de la passation de marchés réalisés dans le canton, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les dispositions de protection du travail, de même que les conditions de convention collective de travail, les contrats types de travail, ou, en leur absence, les prescriptions usuelles dans la branche, applicables au lieu où est réalisée la prestation » (art. 11 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997, L 6 05.01).

L'article 9 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (L 6 05.03) est formulé de manière légèrement différente :

« Lors de la passation de marchés dans le canton, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les usages professionnels dans la branche, applicables au lieu d'adjudication, pour le personnel travaillant sur territoire genevois. »

Les deux règlements contiennent en outre une disposition spéciale rappelant que les soumissionnaires doivent respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes.

29. L'article 28 du règlement concernant la passation des marchés publics en matière de construction prévoit que ne sont prises en considération que les offres accompagnées d'une attestation certifiant pour le personnel travaillant sur le territoire genevois

- a) soit que le prestataire est lié par la convention de travail de sa branche applicable à Genève ;
- b) soit qu'il a signé auprès de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail, un engagement de 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 accidents et d'allocations familiales (al. 1 chiffre 3).

Pour obtenir cette attestation, le soumissionnaire doit

- a) prendre connaissance auprès de l'Office cantonal des usages locaux de sa profession ;
- b) signer à l'Office cantonal un engagement officiel de respecter ces usages, à l'égard de son personnel travaillant sur territoire genevois ;
- c) remettre à l'Office cantonal lors de la signature dudit engagement les attestations relatives à l'effectif de la main-d'œuvre et à la couverture du personnel en matière d'assurances sociales (al. 2). L'OCIRT contrôle ou délègue le contrôle des respects des usages (al. 4).

L'article 25 du règlement concernant la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services contient une réglementation identique.

30. Même si les bases légales sont différentes, en pratique ce sont les mêmes usages qui sont soumis à Genève aux entreprises désireuses d'engager de la main-d'œuvre étrangère ou à celles qui désirent soumissionner pour des marchés publics.

31. Selon l'opinion de la Commission fédérale de la concurrence, fondée sur la loi fédérale sur le marché intérieur, les entreprises suisses extérieures au canton doivent pouvoir offrir leurs biens et services aux conditions applicables dans leur canton d'origine sans tenir compte des salaires usuels au lieu où sont offerts les biens et les services.

Dans son étude récente consacrée à l'usage en droit du travail, le professeur AUBERT considère que cette opinion est fondée sur des arguments solides et qu'il n'est dès lors 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 (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 97).

Il n'est en conséquence pas exclu que les dispositions légales genevoises précitées, qui imposent le respect des conditions de travail au lieu d'exécution, soient remises en cause, à l'occasion d'un recours présenté par un soumissionnaire extérieur au canton, qui n'entend pas se soumettre aux conditions de travail usuelles à Genève.

C. PORTEE CIVILE DES USAGES EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

32. En admettant que la pratique genevoise actuelle de détermination des usages en matière de marchés publics soit conforme au droit fédéral, il reste à se demander si celle-ci produit également un effet de droit civil, de la même manière qu'en matière de main d'œuvre étrangère.
33. A notre connaissance, ni le Tribunal fédéral, ni la Cour d'appel de la Juridiction des prud'hommes n'ont tranché cette question.
34. L'article 342 al. 2 CO prévoit un effet civil lorsque des dispositions de la Confédération ou des cantons sur le travail ou la formation professionnelle imposent à l'employeur ou au travailleur une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail.

Or, en matière de marchés publics l'obligation de respecter les conditions usuelles de travail découle du droit public cantonal. En outre, cette exigence est à l'évidence susceptible de former l'objet d'un contrat individuel de travail.

En conséquence, le salarié est habilité, en application de l'article 342 al. 2 CO, à demander le respect de ces conditions usuelles devant les juridictions civiles. Cela étant, la Juridiction civile pourra examiner la constitutionnalité de l'obligation imposée par le droit cantonal à l'employeur au regard le droit fédéral (AUBERT, *Les modalités de l'action étatique : soumissions publiques et conventions collectives de travail*, p. 96).

35. Par ailleurs, le nouvel article 360d CO prévoit qu'un contrat-type de travail impératif au sens de l'article 360a CO est également applicable aux travailleurs qui ne sont actifs que pendant une période limitée dans son champ d'application territorial. Cette disposition ne s'applique pas seulement aux cas de détachement internationaux (qui sont d'ailleurs déjà régis par la nouvelle loi sur les travailleurs détachés), mais également aux cas de détachement à l'intérieur du pays.

En conséquence, lorsqu'il existera dans le canton de Genève un contrat-type impératif au sens de l'article 360a CO, il ne sera pas nécessaire à un salarié de passer par la législation cantonale de droit public et l'article 342 al. 2 CO pour obtenir le respect des conditions locales de rémunération.

36. La situation sera en revanche différente dans les cas où il existe une convention collective de travail étendue. En effet, les mesures d'accompagnement ne contiennent pas de règle similaire à l'article 360d CO, pour ce cas. En outre, la loi sur les travailleurs détachés n'aura aucune incidence sur les situations de détachement à l'intérieur du pays puisqu'elle concerne uniquement les employeurs ayant leur domicile et leur siège à l'étranger (art. 1 al. 1 de la loi sur les travailleurs détachés).

Pour des soumissions publiques, en l'absence de contrat-type impératif au sens de l'article 360a CO, le respect des conditions de travail locales en cas de détachement à l'intérieur du pays ne pourra dès lors être exigé qu'au moyen de la législation cantonale de droit public (à condition que celle-ci soit conforme au droit fédéral) et de l'article 342 al. 2 CO.

IV. MODE DE DETERMINATION DES USAGES

A. PRINCIPES GENERAUX

37. L'article 9 al. 2 OLE fixe les principes applicables à la détermination des usages en ces termes :

«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 accordées 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 statistiques sur les salaires auxquels procède l'Office fédéral de la statistique tous les deux ans ».

38. Selon le texte même de cette disposition, les critères à prendre en compte pour déterminer les usages applicables sont de deux ordres :

- a) les instruments juridiques, à savoir les prescriptions légales, les conventions collectives et les contrats-types ;
- b) les données issues de la pratique, à savoir les salaires et conditions de travail accordés pour un travail semblable, et en particulier les relevés statistiques de l'Office fédéral de la statistique.

Ces données doivent être récoltées à la fois dans l'entreprise concernée par la demande d'autorisation de travail et dans la branche.

39. L'article 9 OLE n'indique pas directement quelle est l'importance respective à donner aux instruments juridiques et aux données statistiques pour déterminer les usages.

En fait, il y a lieu de tenir compte du but du régime selon lequel l'ouverture du marché du travail doit constituer un facteur neutre dans le mécanisme de formation des salaires en Suisse. Sont dès lors inusuelles les conditions de travail qui risqueraient d'entraîner des répercussions à la baisse sur les

conditions de travail dans l'entreprise, la branche et la localité, notamment en affaiblissant la portée des conventions collectives et des contrats types (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 96).

En reprenant une citation d'un arrêt cantonal, on peut dire que l'autorité ne doit pas accorder d'autorisation de travail à un employeur qui ne parvient pas à engager de main-d'œuvre indigène au seul motif qu'il n'offre pas de conditions de travail conformes aux usages dans la localité et la profession (arrêt du Tribunal administratif d'Obwald du 14 avril 1994, consid. 5c)

40. La jurisprudence a considéré comme contraire au droit fédéral le fait d'exiger le respect des conventions collectives de la part des entreprises sollicitant des autorisations de travail.

Selon le Tribunal fédéral, cela revient en effet à éluder les conditions précises fixées par la loi, pour permettre l'extension de convention collective. Cela n'est en outre pas conforme au but de l'OLE, qui est uniquement de mettre sur le même pied les Suisses et les étrangers pour ce qui a trait aux conditions de travail (ATF 109 Ib 238 ; pour un commentaire de cet arrêt, Gabriel AUBERT, *L'extension « de facto » des conventions collectives de travail*, in RDAF 1984 p. 52 et ss).

41. Il ressort des pièces que vous nous avez transmises que des discussions ont lieu sur la manière de déterminer les usages en application des bases précitées dans des situations particulières.

A l'examen de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine, force est de constater que seuls des principes généraux peuvent être dégagés.

42. L'essentiel est de retenir que le but du régime est de faire respecter les conditions usuelles dans une branche et dans une localité.

Il s'agit donc de s'en tenir à la réalité du marché du travail et non pas d'améliorer les conditions de travail en étendant *de facto* la portée de conventions collectives existantes.

43. Quant à la méthode de détermination des usages, aucune règle ou procédure uniforme, n'a, à ce jour, été dégagée par la doctrine et la jurisprudence.

Cela étant, il est certain que les tribunaux qui seront amenés à trancher des cas litigieux seront facilement amenés à suivre la décision des autorités si celles-ci s'appuient sur l'accord de partenaires sociaux représentatifs de la profession.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral avait ainsi déclaré ce qui suit, à propos de la fixation des usages dans un cas déterminé : « *A cela s'ajoute que le Département a pris le soin de vérifier que tel était bien le cas en s'adressant aux partenaires sociaux avant de définir sa pratique. Il a ainsi pu faire état d'un compromis accepté par les intéressés (...). Le Département a même publiquement fait état du plein des partenaires sociaux à ces solutions* » (RDAF1997 I 260, consid. 4).

44. En pratique, il nous paraît primordial qu'une étude approfondie du marché du travail soit effectuée avant de déterminer les usages. L'usage, qui est le reflet d'une situation objective, ne saurait en effet être déterminé selon les règles de l'équité (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 99).

Le nouvel article 360b al. 4 CO donne des pouvoirs d'investigation étendus aux nouvelles commissions tripartites pour réaliser de telles études.

45. Ces investigations doivent porter à la fois sur les instruments juridiques (conventions collectives et des contrats-type) et sur la pratique (données statistiques).

L'échantillon statistique doit prendre en compte aussi bien les entreprises liées par une convention collective que celles qui ne sont pas liées ; il devra refléter convenablement les différentes catégories d'entreprises (petites et grandes) (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 99).

B. QUESTIONS PARTICULIERES

a) Quelles sont les conditions de travail à régler dans les usages ?

46. L'article 9 OLE exige le respect des conditions de rémunération et de travail en usage dans leur ensemble, sans faire d'exception selon les domaines.

47. En examinant les documents que vous nous avez transmis, nous constatons que l'OCIRT propose d'adapter la table des matières du Conseil d'Etat en considérant que les domaines suivants ne devaient pas retenir son attention lors des enquêtes de terrain : absence justifiée, délai de congé, protection contre les licenciements en temps inopportun, service militaire, allocations familiales, AVS/AI/APG/AC, frais médicaux et pharmaceutiques, assurances accidents, fond de prévoyance professionnelle 2^{ème} pilier, hygiène et sécurité.

La conformité de cette proposition au droit fédéral est discutable. S'il se justifie de ne pas mentionner dans les usages des exigences qui découlent directement de dispositions impératives de la législation sur le travail ou les assurances sociales (AVS/AI/APG/AC, hygiène et sécurité), en revanche il ne se justifie aucunement d'écarter les autres aspects.

En particulier, une prévoyance professionnelle dépassant le minimum légal exigé par la LPP est une forme de salaire différé qui se répercutera sur le montant des retraites ; ce coût supplémentaire constitue souvent une part importante de la masse salariale et ne saurait dès lors être écarté de l'examen des conditions de travail au sens de l'article 9 OLE ; il en va de même de la question de la répartition des cotisations sociales en matière de prévoyance professionnelle (l'employeur peut prendre en charge une part plus importante que le salarié) ou de la prise en charge par l'employeur des cotisations à l'assurance-accidents pour les accidents non-professionnels.

48. Cela étant, il faut préciser qu'avec l'entrée en vigueur des accords bilatéraux, l'examen des conditions usuelles de travail et de la sous-enchère ne se fera qu'en rapport avec les salaires et la durée du travail (art. 360a CO et art. 1a LECCT).

Les notions de salaire et de durée du travail seront déterminées dans une ordonnance d'application du Conseil fédéral. Un projet d'ordonnance est actuellement en consultation.

L'article 20 de la loi sur le service de l'emploi (LSE) fait actuellement déjà référence aux notions de salaire et de durée du travail s'agissant de l'application des conventions collectives étendues. L'article 48a de l'ordonnance sur le service de l'emploi (OSE) définit de manière très large ces notions en y rattachant la quasi-totalité des conditions de travail à l'exception des règles relatives aux devoirs généraux des parties, à la fin des rapports de travail et à la prévoyance professionnelle.¹

b) Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail étendue ?

49. Il est évident qu'en raison du caractère impératif pour tous les employeurs d'une convention collective étendue, l'usage ne pourra jamais être plus défavorable aux salariés que la convention collective, même si la convention collective n'est pas toujours respectée en pratique.

¹ Art. 48a Dispositions concernant le salaire et la durée du travail

1. Les dispositions concernant le salaire sont des dispositions régissant :
 - a) le salaire minimum, dans lequel ne doivent pas être incorporés d'éventuels frais ; en l'absence de salaire minimum imposé, son montant ne peut être inférieur au salaire moyen dans l'entreprise ;
 - b) les suppléments pour heures supplémentaires, travail posté, travail à la tâche, travail de nuit, le dimanche et les jours fériés ;
 - c) la compensation des vacances pro rata temporis ;
 - d) le 13^{ème} salaire pro rata temporis ;
 - e) les jours fériés et les jours de repos payés ;
 - f) le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'art. 324a du code des obligations, (CO) notamment pour cause de maladie, accident, invalidité, service militaire, service de la protection civile, mariage, naissance, décès, déménagement, soins à un membre de la famille malade ;
 - g) la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'art. 324a, al. 4, CO.
2. Les dispositions concernant la durée du travail sont des dispositions régissant :
 - a) le temps de travail normal ;
 - b) la semaine de cinq jours ;
 - c) les heures supplémentaires, le travail posté, le travail de nuit et le dimanche ;
 - d) les vacances, les jours de congé et les jours fériés ;
 - e) les absences ;
 - f) les temps de repos et les pauses ;
 - g) les temps de déplacement et d'attente.

50. Dans le système actuel de l'article 9 OLE, le fait qu'une convention collective soit étendue ne doit toutefois pas amener les autorités à considérer que celle-ci constitue un usage.

En effet, une convention collective ne fixe en effet qu'un minimum (art. 357 al. 2 CO) et il est tout à fait possible que les conditions de travail usuelles soient supérieures aux exigences de ladite convention étendue (Fritz RAPP, *Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag*, in *Privatrecht, Oeffentliches Recht, Stafrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle, 1985 p. 277 et ss /p. 280).

51. Dans le système des mesures d'accompagnement, l'existence d'une convention collective étendue empêchera en revanche toute intervention supplémentaire des autorités, en tout cas lorsque celle-ci prévoit des salaires minimaux. En effet, dans la mesure où il existe déjà une convention collective étendue, l'extension facilitée des conventions collectives n'entre par définition plus en ligne de compte. Quant à l'adoption d'un contrat-type impératif, elle ne sera possible, selon le nouvel article 360a CO, que s'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue (VEUVE, op. cit., p. 296 ; AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 99).

d) Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail non étendue ?

52. Il s'agit de déterminer la portée réelle de ladite convention collective au moyen des données statistiques et des enquêtes.

Ces données doivent également concerner les entreprises conventionnées, car il est tout à fait possible que celles-ci appliquent des conditions de travail supérieures à la convention collective.

e) **Comment déterminer les usages en présence de plusieurs conventions collectives de travail ?**

53. Il s'agit, au moyen de données statistiques et d'enquêtes, de pondérer la portée respective de chacune de ces conventions collectives dans la branche et d'établir une moyenne sur cette base.

f) **Comment déterminer les usages en présence d'une convention collective de travail dénoncée ?**

54. Une convention collective, même dénoncée, peut continuer à refléter l'état d'une pratique. Dans deux décisions, le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé que les conditions de travail fixées par une convention collective récemment dénoncée pouvaient être applicables à titre d'usage local (RDAF 1998 I p. 317 ; RDAF 1997 I p. 260).

Seules des enquêtes permettront de déterminer quels ont été les effets de la dénonciation de la convention collective sur les conditions de travail dans la branche.

55. Il est en revanche exclu, lorsqu'une convention collective est dénoncée, de soumettre les entreprises auparavant liées par cette convention à une convention d'une branche voisine, car cette dernière n'a pas vocation à s'appliquer en dehors de son champ d'application (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 101).

g) **Comment déterminer les usages en l'absence de convention collective ?**

56. Seules des enquêtes et des données statistiques peuvent entrer en ligne de compte. L'échantillon choisi doit être représentatif de la réalité du marché du travail.

h) Peut-on tenir compte du secteur public pour définir les usages dans une branche ?

57. La loi et la jurisprudence ne fournissent aucune réponse à cette question.

Cela se comprend aisément, car, d'une part, les secteurs privés et publics étaient traditionnellement très distincts et, d'autre part, la main d'œuvre étrangère, exception faite des titulaires de permis C, n'avait pas accès au secteur public.

Ces conceptions sont actuellement en train de changer : les réglementations du secteur public tendent à se rapprocher de celles du secteur privé et les accords bilatéraux rendront à terme le secteur public suisse accessible à tous les ressortissants de l'Union européenne, exception faite des activités liées à l'exercice de la puissance publique ou destinées à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat (MACH, op. cit., p. 321).

58. Il n'existe, à notre sens, dans le système actuel de l'article 9 OLE, aucun motif justifiant de façon absolue d'exclure le secteur public de la détermination des usages.

Au contraire, si, conformément au but de l'OLE, on veut que l'ouverture du marché du travail aux salariés étrangers constitue un facteur neutre dans la formation des salaires en Suisse, il est nécessaire de prendre en compte le secteur public, car il est évident que le secteur public entre en compte dans l'équilibre du marché du travail et que les conditions de travail des secteurs publics et privés s'influencent réciproquement.

59. Cela étant, la prise en compte du secteur public pour la détermination des usages suppose qu'on se situe réellement dans la même branche économique ou la même profession (ex. infirmières des hôpitaux publics et des cliniques privées).

60. Selon l'opinion du professeur AUBERT, dans le système des mesures d'accompagnement, les rémunérations dans le secteur public ne doivent pas être prises en considération dans l'échantillon représentatif du marché du

travail, au motif que les conventions collectives étendues et les contrats-types impératif n'ont pas vocation à s'appliquer dans le secteur public. Cet auteur réserve les cas 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 (AUBERT, *L'usage en droit du travail*, p. 99-100).

Cette opinion est contestable, car elle repose, à notre sens, sur une confusion entre, d'une part, la détermination des usages et, d'autre part, les effets des mesures prises par les autorités suite à la constatation d'une sous-enchère abusive et répétée. Ce n'est pas parce que les mesures prises ne s'appliqueront qu'au secteur privé, que l'on doit ignorer la situation dans le secteur public au moment de déterminer les usages applicables et l'existence d'une sous-enchère.

Par ailleurs, au vu du rapprochement croissant des secteurs privés et public, de leur interdépendance et de la mobilité de la main d'œuvre, il n'apparaît plus défendable aujourd'hui de soutenir qu'il faut faire abstraction du secteur public dans la détermination des conditions de travail en usage.

i) Doit-il y avoir des usages pour toutes les professions ?

61. L'article 9 OLE impose le contrôle des conditions de travail chaque fois qu'une autorisation de travail est délivrée. La mise en œuvre de cette disposition n'est en revanche pas réglée dans le droit fédéral.

L'adoption d'usages de branches n'est dès lors pas requise par le droit fédéral.

Comme nous l'avons vu, l'adoption d'usages de branche est, en revanche, un moyen de mise en œuvre de l'article 9 OLE, mis en place par le législateur genevois.

62. L'article 5 du règlement cantonal d'application des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers prévoit que l'OCIRT fait connaître aux employeurs non liés par une convention collective les usages de leur branche.

Selon cette disposition réglementaire, des usages devraient exister dans toutes les professions.

De plus, en vertu de l'article 9 OLE, il est impératif que les conditions de travail en usage dans la profession soient respectées par tout employeur qui demande une autorisation de travail. Même si, formellement, des usages ne sont pas édictés pour une profession, il est dès lors nécessaire que les conditions de travail en usage soient connues de l'autorité qui octroie les autorisations de travail.

j) Qu'est-ce qu'une profession ou une branche ?

63. L'article 9 OLE fait référence aux notions de profession et de branche. Ces notions ne sont définies ni dans la loi, ni dans la jurisprudence.

64. Lorsqu'il existe une convention collective, une profession ou une branche peut être délimitée au moyen du champ d'application de ladite convention (hôtellerie-restauration, gros-œuvre, commerce de détail, nettoyage).

Lorsqu'il n'existe pas de convention collective, il y a lieu de tenir compte de l'unité économique d'un secteur. L'existence d'associations professionnelles permet notamment de délimiter les contours d'une profession ou d'une branche.

k) Quelle est la délimitation géographique des usages ?

65. L'article 9 OLE parle de conditions de rémunération et de travail en usage *dans la localité*. De même, en matière d'extension de conventions collectives, il est exigé de tenir compte de la diversité des conditions régionales (art. 2 ch. 2 LECCT).

66. La notion de localité ne doit, à notre sens, pas être déterminée sur la base de critères politiques (cantons, districts,...), mais sociaux-économiques (régions dans lesquelles les conditions de vie sont identiques).

Lorsqu'il existe des conventions collectives locales ou des avenants régionaux à des conventions collectives nationales, leur champ d'application local permettra de délimiter la notion de localité.

Au vu de ces éléments, le canton de Genève constitue clairement une seule localité au sens de l'article 9 OLE, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'édicter des usages différents selon le lieu d'implantation de l'entreprise.

I) Faut-il faire une distinction entre grandes sociétés et petites entreprises actives dans une même branche ?

67. L'article 9 al. 2 OLE fait référence aux conditions accordées dans la même entreprise et dans la même branche. De même, en matière d'extension de conventions collectives, il est exigé de tenir compte des intérêts des minorités lorsqu'ils résultent de la diversité des entreprises (art. 2 ch. 2 LECCT).
68. La pondération des intérêts en présence est délicate à effectuer en la matière. Si une branche est constituée de petites entreprises et de grandes sociétés, l'application des mêmes usages à ces deux catégories pourrait se faire au détriment des petites entreprises, qui n'auraient plus accès à la main d'œuvre étrangère.

Dans la mesure où des différences objectives et justifiées existent entre différentes catégories d'entreprises d'un même secteur, il y a lieu d'en tenir compte dans la fixation des usages (ex. petites entreprises de commerce de détail, grandes surfaces).

69. Par ailleurs, les sociétés, qui offrent des conditions de travail supérieures à la moyenne à leurs employés indigènes doivent accorder des conditions identiques à leur main d'œuvre étrangère. Cette exigence découle de l'article 9 al. 2 OLE qui impose le respect des conditions de travail en usage dans l'entreprise et d'un des buts de cette disposition qui est d'exiger que les étrangers soient traités de la même manière que les Suisses (ATF 109 Ib 238, consid. 4b).

m) **Pour déterminer les usages, doit-on prendre en compte l'activité du salarié ou le secteur économique auquel appartient l'entreprise ?**

70. Le champ d'application des conventions collectives se détermine en principe selon le secteur économique auquel appartient l'entreprise et non pas selon l'activité du salarié. A titre d'exemple, un menuisier employé par un hôtel sera soumis à la convention collective de l'hôtellerie et l'employé d'une entreprise de nettoyage effectuant un tel travail dans un hôtel à l'occasion d'une rénovation par exemple sera soumis à la convention collective du nettoyage.

Cependant, ce n'est pas en considération du champ d'application des conventions collectives de travail que doivent être déterminés les usages applicables à une profession ou une branche, mais en fonction de l'activité déployée par les salariés concernés. L'OLE, comme la législation cantonale d'application de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, ont pour finalité de délivrer des autorisations pour une activité déterminée. Elles se réfèrent « aux conditions accordées pour une travail semblable dans la même entreprise ou dans la même branche ». C'est donc l'activité pour laquelle l'autorisation est sollicitée qui constitue le critère essentiel.

71. Le cas récent d'une entreprise de nettoyage active dans l'hôtellerie illustre cette problématique. Le travail des employées de cette entreprise consistait uniquement au nettoyage de chambres d'hôtels, à l'exclusion d'autres travaux de nettoyage dans d'autres lieux ou entreprises. L'activité était donc bien une tâche effectuée journalièrement dans tous les hôtels par les femmes de ménage et les usages applicables à ce secteur devait logiquement trouver leur application. C'est ce que l'OCIRT a reconnu en exigeant de cette société qu'elle respecte les usages de l'hôtellerie.

La situation aurait sans doute été différente, si les salariées de cette société avaient déployé leurs activités de nettoyage dans de multiples secteurs. Les usages du secteur du nettoyage auraient alors prévalu.

72. Avec l'entrée en vigueur des mesures d'accompagnement, en cas de sous-enchère répétée et abusive dans ces branches, il sera possible de procéder à l'extension des conventions collectives existantes à des conditions facilitées. Or, cette extension restera sans effet sur les entreprises qui n'entrent de toute

JEAN-BERNARD WAEBER
Avocat

façon pas dans le champ d'application desdites conventions collectives. La pratique genevoise précitée n'aura dès lors plus aucune utilité dans les branches où il existe des conventions collectives prévoyant des salaires minimaux.

S'agissant de l'adoption de contrats-types impératifs, elle ne sera possible que pour une branche économique ou une profession déterminée (art. 360a CO). Pour respecter la logique du système, il est probable que le champ d'application de ces contrats-types se déterminera de la même manière que le champ d'application des conventions collectives, c'est-à-dire en fonction de la branche économique de l'employeur.

En espérant avoir répondu à vos questions et en restant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre considération distinguée.


Christian BRUCHEZ


Jean-Bernard WAEBER