



IN 151 « Pour le renforcement du contrôle des entreprises, contre la sous-enchère »

Contre-argumentaire des initiants

Position des syndicats relative au rapport du Conseil d'Etat sur l'initiative 151 « Pour le renforcement du contrôle des entreprises, contre la sous-enchère »

Audition de la CGAS à la commission législative du Grand Conseil, 28 septembre 2012

Dumping salarial et Initiative 151 pour un renforcement du contrôle des entreprises :

♪ « Tout va très bien, Madame la Marquise, tout va très bien, tout va très bien. » ♪

« Le Conseil d'Etat est très attentif aux risques de dumping salarial [...] Genève assume clairement un rôle pionnier dans ce domaine » (p.32)

« Le système en place fonctionne bien. » (p.34)

« Elle [l'initiative] prétend pallier les insuffisances d'un système qui a fait ses preuves... » (p.36)

« Pour toutes ses raisons, le Conseil d'Etat vous recommande de la rejeter » (p.36)

Voilà en substance la position qu'exprime le gouvernement genevois dans son rapport au Grand Conseil daté du 22 juin 2012 faisant suite à l'aboutissement de l'initiative des syndicats pour un renforcement du contrôle des entreprises. Quant à la validité juridique de ladite initiative, le Conseil d'Etat propose son rejet aussi bien au travers d'une construction juridique visant à invalider partiellement le texte qu'avec l'annonce d'un contre-projet.

Le présent texte vise en premier lieu à dresser un état des lieux du dispositif de contrôle du marché de l'emploi et du dumping salarial en Suisse et à Genève pour ensuite revenir sur les revendications principales de l'initiative. Dans une deuxième partie, le texte aborde la position du Conseil d'Etat genevois. Une synthèse des principaux arguments du Conseil d'Etat qui essaient entre autres de fonder la thèse de l'invalidité juridique de ladite initiative figure en fin de document.

1. Etat des lieux

En Suisse, le contrôle des conditions de travail et de salaires a été traditionnellement du ressort de l'Etat (au travers des inspections du travail), et des partenaires sociaux là où existent des conventions collectives de travail (au travers de commissions paritaires). Ce système, dans lequel les organisations de travailleurs-euses ne se voient attribuer pratiquement aucun pouvoir, montre aujourd'hui toutes ses limites.

Des contrôles étatiques insuffisants et orientés

La législation suisse restreint passablement les tâches de l'inspection étatique du travail. Avec les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, le nombre d'inspecteurs-trices ainsi que l'étendue des contrôles ont été revus à la hausse.

C'est ainsi qu'au-delà du contrôle de l'application de la Loi sur le travail (LTr, qui touche essentiellement des aspects de santé et sécurité au travail), les inspecteurs-trices du travail peuvent désormais aussi intervenir pour contrôler le marché du travail sur les questions de sous-enchère salariale sur demande des commissions tripartites.

Toutefois, tant au niveau du respect de la LTr que du contrôle de la sous-enchère salariale, les effectifs sont nettement insuffisants. A Genève, le nombre d'inspecteurs-trices de l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT) est ainsi jugé insuffisant, et ses prérogatives (ou moyens d'action) trop réduites.

Alors que l'Organisation internationale du travail (OIT) recommande un minimum d'un inspecteur pour 10'000 employé-e-s, la proportion à Genève est proche d'un inspecteur-trice pour 20'000 employé-e-s ! A titre de comparaison, il y a un agent de la Fondation des parkings pour 326 places de parc...

Sur la question de la sous-enchère salariale, la Commission externe d'évaluation des politiques publiques (CEPP) dans son étude sur la réglementation du marché du travail estime ainsi dans son deuxième rapport du 27 avril 2010:

"Entre 2004 et 2008, les sept à huit inspecteurs de l'OCIRT ont effectué chaque année de 138 à 198 contrôles des conditions de travail et de salaires en usage dans les entreprises." Non seulement les contrôles sont rares, mais ils ne peuvent viser qu'une minorité d'entreprises. En effet :

"62% des entreprises (52% des travailleurs) du secteur privé ne sont ni soumises à des conventions collectives, ni contrôlées dans le cadre des marchés publics."

Pour ces 52% de salarié-e-s, pratiquement aucun contrôle n'est exercé.

D'autre part, l'introduction de la Loi sur le travail au noir (LTN) en 2008 a passablement remodelé les interventions de l'OCIRT. Le contrôle des conditions de travail et de salaire semble être passé au second plan pour privilégier la lutte contre le travailleur au noir, sans papiers.

Enfin, l'OCIRT rechigne bien souvent à collaborer avec les organisations syndicales, ne donnant pas suite à des plaintes, refusant souvent de partager des informations en se réfugiant derrière le secret de fonction pour contourner les droits reconnus des organisations syndicales. Pour contourner par exemple le droit de recours des organisations syndicales en matière d'infractions à la loi sur le travail, les inspections étatiques rendent ainsi très peu de décisions administratives et multiplient les recommandations et avertissements qui échappent au droit de recours.

Ainsi en 2010 en Suisse, les inspections cantonales ne rendirent que 73 décisions ! A Genève, l'OCIRT met depuis quelques mois seulement en ligne ses décisions. On en dénombre 8 pour 2011 et seulement 2 pour 2012 !

Des contrôles des commissions paritaires ineffectifs

En Suisse, l'Etat a toujours volontairement restreint son implication dans la législation et le contrôle des conditions de travail, mettant en avant l'existence d'un "partenariat social" entre les patrons et les syndicats qui serait plus conforme au principe de la liberté contractuelle et plus efficace.

Les Conventions collectives de travail, symboles de ce partenariat social, améliorent ainsi substantiellement les conditions minimales de travail de bon nombre de salariés. Le contrôle de leur application n'est pas du ressort de l'Inspection du travail, mais de Commissions paritaires constituées pour moitié de délégué-e-s patronaux-ales et pour l'autre moitié de délégué-e-s syndicaux-ales.

Il se trouve cependant que bon nombre de commissions paritaires ne fonctionnent pas ou dysfonctionnent. Les mécanismes de contrôle sont alors déficients ou clairement insuffisants. Le premier rapport de la CEPP constate qu'à Genève "80% des commissions paritaires n'effectuent aucun contrôle dans les entreprises, soit un total de 37'427 travailleurs qui ne sont pas contrôlés (sur 100'337 travailleurs couverts par une convention collective)."

En même temps, la sous-enchère dans les secteurs les mieux contrôlés se révélait bien réelle. En 2011 en Suisse, 24% des travailleurs-euses contrôlé-e-s par les Commissions paritaires employé-e-s dans des entreprises suisses étaient victimes de sous-enchère salariale et 32% d'infractions aux conditions de travail.

Une situation tellement alarmante que la Commission recommandait dans son rapport:

- "1.1. Exiger le fonctionnement effectif de l'ensemble des commissions paritaires
- 1.2. Prévoir une contribution professionnelle dans chaque CCT afin de financer les contrôles de chaque commission paritaire
- 1.3. Rendre obligatoire les contrôles pour toutes les CCT
- 1.4. Garantir aux commissions paritaires l'accès aux entreprises."

Quatre ans après la sortie de ce rapport, aucune amélioration n'a été constatée dans le canton.

Il existe dans certaines branches de très fortes résistances patronales à l'engagement d'inspecteurs-trices pour vérifier l'application des CCT et sanctionner les employeurs en infraction.

Dans le secteur de l'hôtellerie-restauration (plus de 16'000 personnes), il n'y a qu'un inspecteur paritaire pour toute la Suisse romande alors que le taux d'infraction aux salaires est de 18%.

Dans le commerce de détail (plus de 21'000 personnes), il n'y a pas d'inspecteur paritaire alors que l'Etat a reconnu une situation de dumping salarial en activant en mai 2012 une des mesure d'accompagnement pour garantir un salaire minimum dans la branche. Mais il n'y a aucun contrôle !

D'autre part, même si l'ensemble des commissions paritaires appliquait les recommandations de la CEPP, cela ne serait nullement suffisant. En 2012, Genève comptait en effet 280'000 emplois dans le secteur privé. Avec 100'000 salariés-e-s couvert-e-s par une CCT, seuls 35% des emplois dépendent d'une convention collective de travail et sont donc susceptibles d'être contrôlés par une commission paritaire quand celle-ci prévoit des contrôles.

La CEPP arrivait à cette conclusion: "On peut déduire de l'organisation des contrôles, répartis entre l'OCIRT et les commissions paritaires, que si une entreprise ne participe pas à un

marché public, qu'elle n'est pas non plus soumise à une convention collective et ne recrute pas de travailleur extra-européen, alors elle ne sera pas contrôlée, que ce soit par l'Etat ou par une commission paritaire. La seule forme de contrôle pourrait résulter d'une enquête d'observation lancée par le CSME [Conseil de surveillance du marché de l'emploi, la commission tripartite cantonale pour Genève]."

En 2011 en Suisse, les commissions paritaires ont contrôlé seulement 12% des entreprises, les commissions tripartites 3%, soit un taux de couverture de 6% seulement des entreprises.

Les contrôles effectués à Genève ne sont guère mieux. L'OCIRT affirme avoir réalisé 1'136 contrôles portant sur la question des salaires. Il faut toutefois modérer ce chiffre qui inclut les simples appels téléphoniques au patron ou l'échange de courrier sans visite sur place ni entretien avec les employés. En réalité, c'est moins de 200 contrôles sur le terrain qui ont été effectués.

Quoi qu'il en soit, ces 1'136 contrôles portaient sur un total de 11'300 personnes, soit 4% seulement des employés-e-s du privé qui ont été contrôlé-e-s par l'inspection étatique.

Quant aux 1300 autres contrôles sur les conditions de sécurité et de travail, comme vu précédemment, ils n'ont débouché que sur 8 décisions!

De réelles pressions sur les salaires

Or, selon une étude du Prof. José Ramirez datée d'octobre 2010, à Genève, le risque de sous-enchère a crû de près de 10% dans le secteur du gros œuvre entre 2002 et 2008, surtout au sein du personnel qualifié, cela dans un secteur pourtant fortement contrôlé et syndicalisé. Cette étude révélait aussi un risque accru pour le personnel qualifié de l'hôtellerie-restauration. Pour ce personnel l'étude relève que la différence avec le salaire minimum conventionnel est en moyenne de 500 francs mensuels au détriment du salarié.

Le groupe exploratoire tripartite du CSME qui examine à des fins statistiques les demandes de travail pour des ressortissants européens, frontaliers ou résidents constatait une moyenne de 6% de cas problématiques au niveau salarial, mais avec des cas problématiques à hauteur de 13% dans les garages, 18% dans le commerce de détail, ou encore 23.7% dans la coiffure et l'esthétique. Toutefois rien n'est entrepris suite de ses constatations dans des secteurs pourtant couverts par des conventions collectives de travail ou contrats types de travail pour mettre fin à l'infraction.

En 2000, 15.1% des salarié-e-s du canton avaient un bas salaire, cette proportion est passée à 18.5% en 2010, soit près de 55'000 personnes ! Depuis l'entrée en vigueur de l'accord de libre circulation des personnes en 2002, les 25% des employé-e-s les mieux payé-e-s ont vu leurs rémunérations augmenter de 16% contre seulement 9.4% pour les 25% les moins bien payé-e-s, soit juste au-dessus de l'inflation (7.8%). Une situation qui conduit à ce qu'en 2010, le 10% des employé-e-s les mieux payé-e-s se taillent le 30% de la masse salariale tandis que le 50% les moins bien payés doivent se partager le 25% de cette dernière.

Alors qu'en Suisse le salaire médian progressait entre 2008 et 2010 de 2.6%, à Genève, pour la première fois depuis des années, le salaire médian reculait de 0.4%.

Un recul inquiétant que les autorités tentent de relativiser en l'attribuant « principalement à une baisse des paiements spéciaux (souvent assimilés aux bonus) » en cachant le fait que le salaire médian des bas salaires recule tout comme le salaire médian des personnes effectuant des activités simples et répétitives, catégories de travailleurs-euses qui ne touchent pas de bonus !

Le salaire médian est également en baisse dans les secteurs de la santé privée et de l'action sociale (-5%), l'industrie des machines (-1.3%), les médias (-1.3%) ou encore les activités de services administratifs et de soutiens (-1.4%, qui comprend les branches du travail temporaire, du nettoyage ou encore de la sécurité).

Des droits syndicaux non reconnus

Dans ces circonstances, la question du contrôle des conditions salariales et des conditions de travail par les syndicats ne peut plus être écartée afin de protéger les salarié-e-s.

La Convention 135 de l'Organisation internationale du travail (OIT) prévoit des facilités dans l'entreprise pour que les représentant-e-s des travailleurs-euses puissent faire leur travail. Selon la recommandation 143 de l'OIT, cela suppose un accès aux lieux de travail. La Suisse n'a cependant pas ratifié cette Convention.

Dans la pratique, les organisations de travailleurs-euses sont souvent entravées dans leur travail quotidien de contrôle des conditions de travail de leurs membres.

Trop souvent, les entreprises peuvent compter sur une législation et des autorités promptes à expulser des syndicalistes des entreprises, à enregistrer des plaintes pour violation de domicile,...

Il est dès lors extrêmement difficile pour les syndicats d'effectuer un contrôle systématique des conditions de travail.

Un rôle institutionnel sans moyens

Cela représente une situation d'autant plus dommageable que les organisations syndicales constituent le premier maillon de la lutte contre le dumping salarial. Ce sont en effet les syndicats qui dénoncent les cas de sous-enchère aux commissions paritaires ou à l'Etat. Il arrive souvent que les commissions paritaires ou le Conseil de surveillance du marché de l'emploi ne traitent pas les demandes syndicales en exigeant qu'elles soient mieux documentées.

Le dispositif légal des mesures d'accompagnement a prévu de la commission tripartite pour observer l'évolution du marché du travail et déclencher les dispositifs de lutte contre la sous-enchère. Au travers de leur participation à la commission tripartite cantonale, le CSME, les organisations syndicales ont aussi le mandat légal de lutter contre la sous-enchère salariale. Cependant, à l'heure actuelle, il manque aux organisations les moyens légaux pour pouvoir effectuer correctement ce travail. Il apparaît donc logique et naturel de donner aux organisations syndicales la possibilité de détecter et documenter les cas d'infractions aux conditions de travail et de sous-enchère salariale pour que ces dernières puissent être sanctionnées par qui de droit.

Les deux propositions clés de l'initiative 151

Partant du constat que la pression sur les salaires et les conditions de travail est importante dans le canton, l'initiative propose de renforcer le dispositif de contrôle de deux façons :

1. en prévoyant une augmentation mesurée du nombre d'inspecteurs-trices de l'OCIRT pour atteindre le standard recommandé par l'OIT d'un-e inspecteur-trice pour 10'000 salarié-e-s ;
2. en renforçant les contrôles sur le terrain en donnant les moyens légaux aux organisations syndicales de documenter les cas d'infraction.

Concernant la première proposition, il s'agit de fixer dans la loi le principe d'un ratio d'inspecteurs-trices par salarié-e-s de sorte de pouvoir aussi répondre à l'évolution du marché du travail en garantissant un nombre minimum et raisonnable d'inspecteurs-trices. Les services de l'OCIRT auront ainsi la garantie de n'être jamais en sous-effectif même en cas d'augmentation de la main-d'œuvre, pouvant ainsi garantir la bonne application des lois de protection des salarié-e-s

Qu'est-ce que l'inspection des entreprises ?

S'agissant de la deuxième proposition, l'initiative vise à créer une Inspection des entreprises composée de représentant-e-s des travailleurs-euses nommé-e-s par le Conseil d'Etat sur proposition des syndicats aussi selon le ratio d'un-e inspecteur-trice pour 10'000 salarié-e-s. Une solution raisonnable et mesurée qui permettra aux organisations syndicales d'avoir une trentaine d'inspecteurs-trices accrédité-e-s par l'Etat pour effectuer dans les entreprises des missions de contrôle.

Le fait que les organisations syndicales puissent proposer les inspecteurs-trices des entreprises permet la nomination par le Conseil d'Etat d'inspecteurs-trices des entreprises jouissant de la confiance des salarié-e-s, qu'ils-elles soient secrétaires syndicaux-ales, juges prud'hommes ou délégué-e-s du personnel.

Le nombre limité d'inspecteurs-trices des entreprises ainsi que leur astreinte au secret de fonction garantit d'autre part une composition professionnelle et bien formée de ladite inspection, à même d'effectuer des contrôles respectant les principes d'impartialité et de proportionnalité.

Toujours afin de garantir le principe d'impartialité, l'initiative limite expressément les compétences de l'inspection des entreprises à l'instruction de dossier et à l'invitation à se conformer à la loi. L'inspection des entreprises n'a pas compétence de rendre des décisions : « L'inspection des entreprises agit comme instance de contrôle et de surveillance dans les champs prévus par la présente loi. Elle instruit les dossiers et peut inviter les entreprises à se conformer aux prescriptions légales en leur accordant un délai à cet effet. Si l'entreprise refuse de se conformer ou ne respecte pas le délai, l'inspection des entreprises communique le litige aux organes compétents pour qu'une décision soit rendue. » (art 2A al 4)

Afin d'optimiser les contrôles entre les différentes inspections, l'initiative prévoit également que « l'inspection des entreprises et l'office [OCIRT] échangent les informations dont ils disposent et qui sont nécessaires à l'accomplissement des tâches qui leur sont confiées par la présente loi » (art 2 al 7). Une telle disposition répondra non seulement à la nécessité d'avoir une meilleure collaboration entre l'OCIRT et les organisations syndicales, mais elle permettra aussi un meilleur suivi des cas d'infraction, tout en évitant les doublons au niveau des contrôles menés, même si, à l'heure actuelle, vu le faible nombre de contrôles de terrain effectué par l'OCIRT (moins de 200 par an), le risque de doublons est relativement faible car ne concernant que 1% des entreprises canton.

Le système d'inspection tel que proposé existe dans de nombreux pays et a fait ses preuves, que ce soit en Suède, en Tchéquie ou encore, récemment, en Australie. Il s'avère être non seulement efficace mais également économique.

Coûts de l'initiative

Le système proposé se veut en effet flexible et économique. En lieu et place d'engager des dizaines d'inspecteurs-trices du travail rémunéré-e-s à pleins temps, l'initiative cherche avant tout à renforcer le premier maillon de la lutte contre le dumping salarial en agissant en amont. L'inspection des entreprises est pensée pour fonctionner selon un système de milice qui a fait ses preuves en se calquant sur le modèle des commissaires d'apprentissage surveillant les conditions d'apprentissage des jeunes. Afin de dédommager des inspecteurs-trices qui auraient interrompu leur travail pour effectuer une mission de contrôle, l'initiative prévoit une rémunération sur la base de jetons de présence comme par exemple pour les juges prud'hommes ou des jetons par visite comme pour les commissaires d'apprentissage. Un système économique qui permet de ne dédommager que les heures de travail effectivement fournies.

Ainsi dans l'hypothèse peu réaliste où, en moyenne, les inspecteurs-trices des entreprises passeraient tous-tes l'équivalent d'un mi-temps dans des missions de contrôle, il n'en coûterait guère plus d'un million de francs par an en termes de jetons de présence.

D'autre part, l'application d'un ratio d'inspecteurs-trices de l'OCIRT reviendrait à augmenter l'effectif de l'OCIRT d'une douzaine de postes, soit 1,2 millions de francs par an.

Au total, l'initiative aurait pour conséquence d'augmenter les dépenses de l'Etat relatives à la surveillance du marché du travail de 2.5 millions de francs. A cette charge supplémentaire, il conviendrait toutefois de déduire les montants d'amendes supplémentaires ainsi que de frais de procédure que l'Etat pourrait encaisser en retour.

Au regard des dépenses totales de l'Etat (près de 8 milliards de francs), l'initiative est loin de représenter un coût mais représente plutôt un moyen efficace, adéquat et économique de renforcement du système de contrôle.

Autres propositions de l'initiative : plus de transparence et de collaboration

Au-delà de la création d'une inspection syndicale du travail, l'initiative prévoit également une plus grande transparence de l'OCIRT et du CSME en leur demandant de produire un rapport annuel public de façon à garantir une surveillance publique des mécanismes de contrôle de surveillance du marché de l'emploi. L'inspection des entreprises serait également soumise à ce devoir.

L'initiative offre également aux commissions paritaires des conventions collectives de travail la possibilité de pouvoir collaborer activement avec les inspecteurs étatiques en les mandatant pour des missions de contrôle. Réciproquement, l'OCIRT pourra encourager les commissions paritaires à se doter d'un système de contrôles efficaces.

D'autre part, afin que les autorités puissent établir dans les secteurs des usages salariaux au plus près de la réalité du marché, il est proposé d'intégrer le calculateur des salaires de l'OGMT dans la méthode de calcul. Il existe en effet des secteurs dans lesquels les salaires minimaux conventionnels ne correspondent pas aux salaires réels et peuvent permettre une sous-enchère salariale.

2. La position du Conseil d'Etat

Le rapport du Conseil d'Etat propose l'invalidation partielle de l'initiative des syndicats contre la sous-enchère. Le Conseil d'Etat invalide la proposition de création d'une inspection des entreprises composée de syndicaliste tout en annonçant un contre-projet en ce qui concerne l'autre proposition de l'initiative, l'instauration de quotas minimaux d'inspecteurs-trices.

En déclarant juridiquement invalide l'inspection des entreprises, le Conseil d'Etat entend empêcher les salariés de se prononcer pour un moyen simple et efficace et de contrôle du marché du travail.

Le Conseil d'Etat estime que donner la possibilité aux organisations syndicales d'effectuer des contrôles dans les entreprises est disproportionnée par rapport à l'ambition de lutter contre la sous-enchère et constitue de ce fait une violation de la liberté économique et de la sphère privée des entreprises ! En clair, le gouvernement genevois préfère protéger les entreprises de contrôles qu'elles ne souhaitent pas plutôt que défendre les salarié-e-s contre des abus et des violations multiples et variées de leurs droits.

« Tout va très bien, Madame la Marquise, tout va très bien, tout va très bien »

Afin d'accréditer sa thèse selon laquelle l'inspection des entreprises serait disproportionnée, le Conseil d'Etat gonfle d'un côté l'efficacité du système actuel de contrôle tout en minimisant de l'autre côté les pressions sur le marché du travail. Par exemple, le Conseil d'Etat insiste longuement sur le nombre de conventions collectives de travail à Genève et l'existence de salaires minimaux pour la majorité des salarié-e-s du secteur. Le Conseil d'Etat annonce aussi qu'une partie du contre-projet à l'initiative reposera sur l'édiction de nouveaux contrats-types de travail (p.36).

Toutefois l'édiction de nouveaux contrats-types ou l'existence de CCT ne garantissent pas en soi le respect de leurs dispositions et ne répond nullement au besoin de contrôle des conditions de travail que soutient l'initiative. Il suffit à ce titre de rappeler qu'en 2011, il existait un taux d'infraction aux salaires minimaux de 24% parmi les salariés des entreprises suisses contrôlées par les Commission paritaires des conventions de travail.

Le Conseil d'Etat prétend aussi que « le salaire brut médian standardisé du secteur privé a notablement progressé à Genève » (p.33), passant sous silence le creusement des écarts salariaux, l'augmentation de la proportion de des bas salaires parmi les salarié-e-s et surtout la baisse inquiétante des salaires médians des bas salaires et des employé-e-s de certaines branches entre 2008 et 2010.

D'un autre côté, le Conseil d'Etat dresse un tableau bien enjolivé de l'état du système actuel de contrôle :

- en ne mentionnant pas que sur les 1'136 contrôles de l'OCIRT en matière de sous-enchère salariale, moins de 200 ont été des contrôles de terrain ;
- en estimant que la publication sur le site internet des décisions de l'OCIRT concernant la Loi sur le travail constitue un gage de transparence alors que seulement deux décisions ont été rendues en 2012 ;
- en discréditant les rapports de la CEPP qui témoignent des lacunes en matière de système de contrôle et d'inspection des commissions paritaires et en ignorant l'étude commanditée par le DES sur l'augmentation du risque de sous-enchère.

Les arguments juridiques du Conseil d'Etat

L'argumentation juridique du Conseil d'Etat repose de plus sur une lecture partielle et partielle du texte de l'initiative : elle passe notamment sous silence le fait que l'inspection des entreprises est une émanation des syndicats membres de la Commission tripartite et de ce fait n'est pas extérieure à cette dernière et ne fait que donner des moyens aux syndicats pour remplir leur mandat au sein de la Commission tripartite.

Alors que le rapport du Conseil d'Etat reconnaît en page 36 que la compétence de la Commission tripartite en matière notamment de loi sur les travailleurs détachés (LDét) est déléguée à l'OCIRT, il prétend en page 18 que la délégation de compétence en matière de LDét à l'inspection syndicale est non conforme au droit fédéral sous prétexte que cela doit rester de la compétence de la Commission tripartite.

Une inspection partielle ?

Mais surtout le Conseil d'Etat passe sous silence le fait que l'inspection des entreprises n'a pas pour compétence de rendre des décisions pour l'accuser ensuite de partialité. Or, les initiants ont délibérément choisi de limiter le champ de compétence de l'inspection des entreprises au droit de mener des enquêtes, de documenter des cas et d'inviter les entreprises à se conformer au cadre légal. L'initiative prévoit clairement à l'article 2A alinéa 4 : « L'inspection des entreprises agit comme instance de contrôle et de surveillance dans les champs prévus par la présente loi. Elle instruit les dossiers et peut inviter les entreprises à se conformer aux prescriptions légales en leur accordant un délai à cet effet, sauf danger imminent ou cas de force majeure. Si l'entreprise refuse de se conformer ou ne respecte pas le délai, l'inspection des entreprises communique le litige aux organes compétents pour qu'une décision soit rendue. »

Un tel système garantit donc aux entreprises le principe d'impartialité des décisions rendues à leur égard et invalide la position du Conseil d'Etat qui ne veut pas reconnaître dans son argumentaire que l'initiative prévoit des compétences limitées pour l'inspection des entreprises, contrairement à l'OCIRT par exemple. L'argumentation du Conseil d'Etat repose sur une lecture biaisée qui considère que « l'OCIRT ait des compétences parallèles » et non supérieure à l'inspection des entreprises (p.22).

Le Conseil d'Etat n'a pas non plus considéré le fait que le système d'inspection des entreprises existe déjà dans d'autres pays, en Europe et dans le monde (notamment en Australie), sans que le OIT ou les législations nationales respectives n'aient considérés qu'il violait le devoir d'impartialité compris notamment dans la convention n°81 de l'OIT.

Enfin, le Conseil d'Etat ne se soucie dans son rapport que du devoir de proportionnalité et d'impartialité vis-à-vis des entreprises sans jamais interroger l'impartialité du système actuel quant au traitement qu'il réserve à la défense des droits des salarié-e-s.

Nul ne peut considérer comme neutre et impartial un système d'inspection qui effectue moins de 200 visites en entreprise par année et encore moins d'entretiens directs avec les salarié-e-s en privilégiant systématiquement les entretiens avec les employeurs, annonçant (à l'employeur, jamais aux employé-e-s !) la plupart du temps les visites, ne rendant que deux décisions par an en matière de protection de la santé et ne communiquant jamais aux employé-e-s les avertissements et autre mesures prises à l'encontre de leur entreprise.

L'initiative corrige avec la création de l'inspection des entreprises l'impartialité actuelle des contrôles en renforçant les droits des organisations syndicales à mener des contrôles afin de prendre pleinement en compte les droits à l'impartialité et à l'équité des employé-e-s quant au respect de leurs conditions de travail.

Manifestement, le Conseil d'Etat n'a pas appliqué dans son rapport le principe *in dubio pro populo* mais s'est bien évertué à traquer les éventuels vices juridiques pour ne pas avoir à mener un débat politique sur les lacunes du système de contrôle actuel et la nécessité de

renforcer les droits des salarié-e-s et de leurs organisations pour mieux lutter contre le dumping salarial.

Un contre-projet largement insuffisant

Parallèlement, le Conseil d'Etat annonce vouloir travailler sur un contre-projet qui comprendrait trois axes qui, selon lui, pourraient « répondre concrètement aux questions de fond soulevées par l'initiative et développer des pistes d'amélioration réalistes » (p.37) :

- améliorer la collaboration entre les commissions paritaires et l'OCIRT par le biais de contrats de prestation ;
- édicter de nouveaux contrats-types de travail dans les branches problématiques
- renforcer de façon mesurée les effectifs de l'OCIRT (« il conviendrait de prévoir un renforcement mesuré des effectifs de l'OCIRT » p.36)

Le contre-projet du Conseil d'Etat ne pourra toutefois pallier les lacunes actuelles du système de contrôle.

Comme mentionné plus haut, le système de contrôle des commissions paritaires des CCT est intrinsèquement miné par la volonté patronale de ne pas se doter d'outils de contrôles contraignants. Se baser sur un système de contrôle paritaire revient actuellement à dépendre de la volonté patronale d'effectuer des contrôles et de signer des conventions collectives de travail dans les secteurs. L'Etat n'a pas les moyens légaux d'obliger les patrons à signer des conventions collectives de travail, encore moins à les forcer à mettre sur pied des inspections paritaires de ces CCT. La solution préconisée par le Conseil d'Etat n'améliorera que très partiellement la situation.

Il en va de même de l'édiction de nouveaux contrats-types de travail. L'édiction de règles salariales pour positive qu'elle soit ne répond pas à la question de la surveillance de l'application de ces règles. Encore une fois, le taux d'infractions en 2011 auprès d'entreprises suisses soumises à des CCT avec salaire minimum était de 24%.

On appréciera enfin la volonté du gouvernement genevois, qui se vante d'être pionnier dans la lutte contre la sous-enchère salariale, de ne pas appliquer les standards minimaux édicté par l'OIT en matière de nombre d'inspecteur par salariés en ne proposant qu'un « renforcement mesuré des effectifs ». Genève, qui abrite l'Organisation internationale du travail, estime-t-elle que les standards de l'OIT soient démesurés ?

3. Réponses syndicales aux arguments **politiques** du Conseil d'Etat

Arguments politiques du Conseil d'Etat

« Genève assume clairement un rôle pionner. »
p.32

« Le salaire brut médian a notablement progressé à Genève depuis l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes. »
p.37

« La plupart des situations de sous-enchère abusive se recourent avec des problématiques de travail au noir. Autrement dit : les salariés soumis à des salaires relevant de la sous-enchère sont généralement des personnes sans statut légal en Suisse. »
p.33

« Une telle inspection ne pourrait guère être efficace puisqu'elle s'arrêterait aux portes fermées des entreprises »
p.34

« Son application engendrerait des doublons, ce qui affaiblirait l'efficience du dispositif. »
p.34

Arguments des syndicats

Avec moins de 200 contrôles dans les entreprises par année, seulement 2 décisions en matière de respect de la Loi sur le travail en 2012 et un ratio actuel d'inspecteurs de l'OCIRT proche de celui recommandé par l'OIT pour les pays ruraux, le pionnier ne peut que progresser.

Le Conseil d'Etat passe sous silence les données statistiques alarmantes publiées en avril 2012 et relatives à l'année 2010. Depuis 2008, le salaire brut médian a reculé, dans certaines branches comme pour les bas salaires. Les écarts salariaux n'ont cessé de se creuser entre bas et hauts salaires.

Le groupe exploratoire tripartite sur les demandes de permis de ressortissants européens, frontaliers et résidents révèle un taux de cas problématiques de 18.1% dans le commerce de détail, une branche employant très peu de personnes sans statut légal. Le Conseil d'Etat essaie malhonnêtement de reporter la responsabilité de la sous-enchère salariale sur les sans papiers en lieu et place de reconnaître la responsabilité première des employeurs dans les situations de sous-enchère.

Le système actuel empêche les syndicats de faire leur travail en leur interdisant l'accès aux entreprises.
L'initiative prévoit à son article 2A alinéa 5 que l'inspection des entreprises dispose « des moyens nécessaires pour mener à bien sa mission, soit notamment :
a) accéder à toute heure aux locaux et aux installations des entreprises ainsi qu'à tout lieu de travail. »

Avec moins de 200 contrôles sur le terrain effectué par l'OCIRT, pratiquement aucun entretien avec les salarié-e-s lors de ces contrôles, le risque de doublons est extrêmement faible.
D'autant plus faible que l'initiative prévoit à son article 2 alinéa 7 que « l'inspection des entreprises et l'office échangent les

informations dont ils disposent. »

« *L'initiative est coûteuse.* »
p.36

Affirmation vide de contenu ou argument gratuit car le Conseil d'Etat n'avance aucune fourchette d'estimations de coûts. D'après nos estimations, le coût total de l'initiative reviendrait à un maximum de 2.5 millions de francs par an, sans compter les amendes et frais de procédures qui pourront être mis à charge des entreprises fautives. Au final, le coût de l'initiative sera modique et l'inspection des entreprises s'avère être un modèle flexible et particulièrement efficient.

« *75% des travailleurs actifs à Genève dans le secteur privé à Genève sont donc protégés par un dispositif qui définit des conditions minimales à respecter.* »
p.34

L'existence de salaires minimaux n'implique pas leurs respects par les entreprises et nécessite un système de contrôle. 80% des commissions paritaires n'effectuent aucun contrôle sur le terrain et, là où des contrôles existent, des infractions sont constatées dans près d'un quart de cas.

« *Certains secteurs sont certes clairement plus exposés que d'autres à la sous-enchère salariale, mais les taux de cas problématiques sont restés assez stables depuis 2004.* »
p.35

Les commissions paritaires révèlent des taux d'infraction de 24% en 2011. De nombreux secteurs sont sans contrôle. En outre, indépendamment du taux d'infraction, se doter d'un système d'inspection avec une dotation en personnel suffisante qui permet de couvrir l'ensemble des employés n'est pas un luxe mais une nécessité au vu de la situation du canton. Le rapport de la CEPP constatait que le système actuel ne couvrait que 48% des salarié-e-s du canton !

Le système est transparent car « *L'OCIRT publie en ligne sur son site internet ses décisions en matière de LTr à l'intention des organisations syndicales et patronales.* »
p.36

Avec seulement 2 décisions relatives à la violation de la Loi sur le travail en 2012 et des dizaines de plaintes des syndicats restées sans réponse, le système actuel ne donne aucune prise aux employé-e-s et est complètement opaque. Le droit des organisations de travailleurs-euses est contourné. La publication toute récente on line des décisions en matière de LTr ne répond pas aux demandes légitimes des salarié-e-s.

4. Réponses syndicales aux arguments **juridiques** du Conseil d'Etat

Le 22 juin 2012, le Conseil d'Etat a examiné dans un rapport la validité et la prise en considération de l'initiative populaire n°151 intitulée : « Renforcement du contrôle des entreprises. Contre la sous-enchère salariale ».

Le gouvernement cantonal a d'emblée considéré que l'unité de la matière et celle de la forme étaient respectées. De même, l'initiative remplissait les exigences de clarté.

En revanche, les magistrats du pouvoir exécutif ont estimé que l'initiative 151 violait le contenu de l'art. 360b du Code des Obligations et que celle-ci n'était donc pas conforme au droit supérieur. Cette disposition institue en effet une commission tripartite chargée d'examiner si un secteur fait l'objet d'une « sous-enchère abusive et répétée » pouvant donner lieu aux mesures prévues à l'art. 360a CO.

Selon le rapport, l'art. 37 al. 2 de l'initiative serait contraire au mécanisme de surveillance institué par le droit fédéral, dans la mesure où l'inspection des entreprises serait composée exclusivement de personnes nommées par le Conseil d'Etat sur propositions des associations de défense des travailleurs-euses.

Le gouvernement cantonal perd cependant de vue que la Commission tripartite peut être aidée par un organisme qui peut se voir déléguer des tâches (STREIFF, VON KAENEL, RUDOLF, Arbeitsvertrag, Schulthess, 2012, p. 1524-1525).

Le Conseil d'Etat estime également que l'initiative 151 ne respecterait pas les principes de procédure garantis par l'art. 29 de la Constitution fédérale. Il est en effet d'avis qu'une inspection dont les membres seraient désignés sur proposition des syndicats ne garantirait pas la neutralité nécessaire à l'exécution de cette tâche.

Les magistrats cantonaux omettent de relever que, conformément à l'art. 2 A al. 4 de l'initiative l'inspection des entreprises n'est pas une autorité de décision mais une instance de contrôle et de surveillance uniquement.

L'exigence d'impartialité est ainsi moins prégnante que ne le serait une autorité appelée à statuer sur une situation de fait.

Par ailleurs, il faut relever que d'autres institutions cantonales sont constituées en ne respectant pas scrupuleusement l'art. 29 de la Constitution fédérale. Il en va ainsi notamment du Tribunal des baux et loyers et du Tribunal des Prud'hommes. Cependant, rien ne permet au gouvernement cantonal de conclure que les inspecteurs-trices désigné-e-s par lui n'exerceraient pas leur mission conformément au principe d'impartialité et d'objectivité qui leur incombe. Ce faisant, le Conseil d'Etat effectue un procès d'intention totalement injustifié. A suivre le gouvernement cantonal, la population genevoise pourrait contester l'impartialité de la quasi-totalité des juges puisque ceux-ci sont désignés dans les faits par les partis politiques représentés au sein du Grand Conseil et élus la plupart du temps tacitement par celui-ci.

Le gouvernement cantonal reproche également à l'initiative 151 de porter atteinte à la liberté économique garantie à l'art. 27 de la Constitution fédérale.

Le rapport n'indique pas en quoi l'intervention d'inspecteurs désignés par le Conseil d'Etat pour faire respecter la législation du travail serait une entrave à la liberté économique. Dans la mesure où ces règles doivent s'appliquer à toutes les entreprises du canton, il est essentiel au contraire de s'assurer que chaque entreprise les respecte afin d'éviter une concurrence déloyale. Ainsi, contrairement à ce qu'indique le rapport du 22 juin 2012, l'inspection des entreprises serait une garantie de la liberté économique.

Fort de ces considérations, la CGAS estime que le Conseil d'Etat ne pouvait considérer que l'initiative 151 n'est pas conforme au droit supérieur.

Arguments juridiques du Conseil d'Etat

De l'absence de compétence en matière de contrôle des salaires minimaux des contrats-types de travail

« Le problème principal se trouve à l'article 37, alinéa 2, P-LIRT. En effet, l'initiative prévoit la délégation (cantonale) à l'inspection des entreprises de contrôle (constituée exclusivement de représentants de travailleurs) que le droit fédéral avait confié aux commissions tripartites. » (p.18)

De la partialité

« Comprenant uniquement des représentants des travailleurs [...], quelle que soit la composition concrète de l'inspection des entreprises, il y aurait une apparence de partialité, respectivement un a priori défavorable à l'entreprise. [...] Le fait que l'OCIRT ait des compétences parallèles ne change rien à ce qui précède» (p.22)

De la proportionnalité

« L'IN151 porte atteinte à la liberté économique et il est douteux que les conditions de restriction à cette liberté, notamment l'exigence de proportionnalité, soient données. » p.27

Arguments juridiques des syndicats

L'inspection des entreprises est une émanation des organisations syndicales membres de la Commission tripartite cantonale.

Les inspecteurs-trices des entreprises seront nommé-e-s par le Conseil d'Etat.

Le système actuel prévoit que le contrôle des salaires minimaux des contrats-types de travail est délégué par la commission tripartite à l'OCIRT : « Le contrôle des salaires minimaux établis par un contrat-type de travail, au sens de l'article 360a du code des obligations, est de la compétence du conseil de surveillance. Il peut déléguer ce contrôle à l'office » (art 37 al 2 LIRT). La délégation de compétence est donc possible à l'intérieur d'organes membres de la Commission tripartite.

En négligeant complètement les entretiens avec les salarié-e-s, en effectuant moins de 200 contrôles en entreprise par année, le système actuel est partial. L'initiative corrige cette partialité qui aujourd'hui est en faveur des employeurs.

L'initiative restreint la compétence de l'inspection des entreprises à une compétence d'instruction de dossier et de recommandation aux entreprises.

L'inspection des entreprises n'a aucune compétence décisionnelle, contrairement à l'OCIRT.

En cas de litiges entre l'inspection des entreprises et un employeur, l'initiative prévoit que « *l'inspection des entreprises communique le litige aux organes compétents pour qu'une décision soit rendue* ».

L'initiative vise à renforcer le contrôle des conditions de travail dans les entreprises, lacune importante du système actuel.

L'inspection des entreprises revient à donner une base légale de contrôle aux organisations de travailleurs-euses qui fait défaut à l'heure actuelle.

Le système tripartite actuel reconnaît le rôle des syndicats dans la détection des cas de sous-enchère salariale tout en ne leur accordant aucun moyen légal d'effectuer leur travail de détection sur le terrain.

Aujourd'hui des contrôles syndicaux s'effectuent sans base légale formelle. L'initiative vise à combler cette lacune de manière proportionnée en définissant un nombre limité d'inspecteurs-trices pour les organisations syndicales, tenu-e-s au secret de fonction.