

Concept relatif à l'observation du marché du travail par la commission tripartite fédérale dans le cadre des mesures d'accompagnement

Table des matières

1	Introduction	2
2	Généralités	2
3	Structures et procédures	5
	b) Constat d'une sous-enchère abusive et répétée par rapport aux salaires usuels dans une branche	9
	c) Conditions requises pour engager une procédure de conciliation ou une autre mesure	11
	d) Procédure à suivre en cas de sous-enchère abusive et répétée aux salaires, en particulier en cas d'échec de la procédure de conciliation.	12
4	Annexes	15
	Proposition d'une mesure du salaire usuel dans une localité et dans une branche (OGMT Genève).....	15
	Proposition d'une définition de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée (OGMT Genève).....	15
	Responsabilité de la CT fédérale dans l'observation du marché du travail et limite de la responsabilité cantonale	16
	Marge d'appréciation des CT sur la base de l'art. 360a ss CO.....	23

1 Introduction

Le présent concept décrit l'observation du marché du travail par la CT fédérale. Les « Recommandations relatives à l'observation du marché du travail des CT cantonales », élaborées par le SECO en collaboration avec la CT fédérale et les cantons en 2012, constituent la base du présent document. L'objectif de ce document est que chaque CT cantonale puisse définir son propre concept de l'observation du marché du travail sur la base du modèle fourni. La CT fédérale s'appuie, dans sa démarche pour l'observation du marché du travail, sur ces recommandations; des indications portant sur la coordination des travaux avec les CT cantonales viennent s'inscrire en complément.

2 Généralités

Observation du marché du travail

La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne s'est accompagnée de l'introduction de mesures d'accompagnement afin d'empêcher la sous-enchère salariale par rapport aux salaires usuels dans la localité et la branche. Conformément à la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés, LDét, RS 823.20), les employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse sont tenus de respecter les conditions minimales de travail et de salaire en vigueur en Suisse. L'exécution des mesures d'accompagnement, en particulier l'activité de contrôle dans les branches non régies par une convention collective de travail (CCT) étendue, est assurée par les cantons. Tous les cantons et la Confédération ont chacun une commission tripartite (CT) au sens de l'art. 360b CO¹, composée de représentants des partenaires sociaux et du canton ou de la Confédération. Les CT contrôlent aussi bien les employeurs suisses que les employeurs étrangers, conformément à l'art. 360a CO, à l'art. 1a LECCT² et à la loi sur les travailleurs détachés. La Confédération et les cantons ont convenu que les CT cantonales contrôlent 50 % des entreprises étrangères détachant des travailleurs en Suisse ,et 2 % des employeurs suisses (3 % dans les branches

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220

² Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, RS 221.215.311

en observation renforcée). Le nombre de contrôles à effectuer par canton est fixé dans le cadre des accords de prestations entre la Confédération et les cantons.

La commission tripartite fédérale (CT fédérale) observe, quant à elle, le marché du travail au niveau national. Elle détermine chaque année des branches en observation renforcée, au sein desquelles l'activité de contrôle est plus intense que dans d'autres branches. Pour déterminer les branches en observation renforcée, la CT fédérale se réfère, entre autres, au rapport annuel du SECO concernant la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, aux données du système d'information central sur la migration (SYMIC) pour ce qui concerne les travailleurs étrangers en Suisse et à l'enquête sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS). Si l'analyse de ces données laisse présumer une éventuelle sous-enchère répétée par rapport aux salaires usuels dans une branche ou si le nombre de travailleurs étrangers est important dans une branche, la CT fédérale peut déclarer la branche en question en observation renforcée. La CT fédérale obtient ainsi que des contrôles accrus soient effectués dans cette branche. L'objectif d'un contrôle plus intensif exercé dans les branches en observation renforcée est d'arriver à des connaissances approfondies sur la situation dans chacune des branches.

Une autre tâche de la CT fédérale consiste à mener des investigations dans les branches dans lesquelles une hausse des infractions portant sur le respect du salaire usuel dans la branche et dans la localité est suspectée. La CT fédérale le réalise en coordination avec les cantons (cf paragraphe « Responsabilité de la CT fédérale dans l'observation du marché du travail et limite de la responsabilité cantonale »). Elle peut de plus mener des investigations auprès d'entreprises actives à un échelon suprarégional ou national alors que les CT cantonales sont compétentes pour les entreprises actives au niveau cantonal ou régional. Dans un deuxième temps, elle définit en accord avec les cantons le salaire usuel dans une branche et dans la localité et constate, en se fondant sur les investigations qu'elle a menées, si ledit salaire a fait ou non l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée dans la branche en question. Lorsqu'une sous-enchère abusive et répétée aux salaires usuels est constatée, une procédure de conciliation est en règle générale menée avec les employeurs concernés.

Lors de l'échec de cette procédure, en cas de sous-enchères abusives et répétées par rapport aux salaires usuels dans la localité et la branche au sein de branches non régies par

une CCT étendue, les mesures suivantes peuvent être prises sur la base de l'art. 360a CO et de l'art. 1a LECCT :

- L'extension du champ d'application des dispositions relatives aux salaires minimaux et au temps de travail correspondant prévues dans des CCT existantes peut être facilitée ;

Base juridique :

LECCT art. 1a

1 Si la commission tripartite visée à l'art. 360b du code des obligations² constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension de la convention applicable à cette branche.

2 Dans ce cas, la décision d'extension peut porter sur les éléments suivants:

- a. la rémunération minimale et la durée du travail correspondante;
 - b. les contributions aux frais d'exécution;
 - c. les contrôles paritaires;
 - d. les sanctions à l'encontre des employeurs et des travailleurs fautifs, en particulier les peines conventionnelles et les frais de contrôle.
- La Confédération ou les cantons peuvent introduire des contrats-types de travail (CTT) à durée déterminée imposant des salaires minimaux obligatoires dans des branches.

Base juridique :

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

3 Structures et procédures

La démarche de la CT fédérale est décrite ci-dessous.

a) Détermination du salaire usuel dans la localité et la branche

La notion de salaire usuel dans la localité et la branche³ ne désigne pas une valeur salariale unique, mais en règle générale un intervalle de salaires où se situe une large majorité des travailleurs d'une branche, d'une profession et d'une région déterminée. Les éléments suivants du salaire sont à prendre en compte :

Les éléments du salaire incluent le salaire mensuel brut ou le salaire horaire brut, le 13^e salaire ou les compléments salariaux correspondants, la majoration pour vacances et pour les jours fériés ainsi que d'éventuels compléments pertinents concernant les montants spécifiques à la branche, comme une participation au chiffre d'affaires.

Pour déterminer les salaires usuels dans une localité et une branche, il est recommandé de recourir aux sources suivantes :

- les CCT et CTT contenant des dispositions salariales non obligatoires sur les salaires ;
- les CCT étendues applicables dans des domaines d'activité similaires;
- les statistiques suisses sur les salaires, en particulier l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) réalisée tous les deux ans par l'OFS ;
- des enquêtes ad hoc réalisées ou commandées par les CT ;
- les recommandations ou directives salariales.

³ Pour que les données salariales collectées soient comparables, les informations salariales obtenues d'une source statistique ou en effectuant une enquête devront si possible correspondre à la définition du salaire sur laquelle se basent les partenaires sociaux concernés. C'est le cas avec l'ESS puisque cette enquête part de l'hypothèse d'un salaire mensuel brut (le salaire avant déduction des cotisations du travailleur) et englobe d'éventuels suppléments (pour travail nocturne, travail dominical, jours fériés, etc.) ainsi qu'un douzième du 13^e salaire mensuel. Les heures supplémentaires et les allocations familiales en sont par contre exclues. On tiendra compte du fait que les données salariales figurant dans l'ESS sont converties sur la base d'une semaine de 40 heures, ceci nécessitant une conversion en cas de temps de travail usuel différent dans l'entreprise (p. ex. en salaires horaires). Il convient d'autre part de rappeler la directive du SECO « Procédure de comparaison internationale des salaires ».

Le salaire usuel est si possible défini en tenant compte de critères comme la formation, le niveau d'exigence et l'expérience professionnelle. Il est également recommandé de définir la branche concernée de la manière la plus précise possible. Cela simplifie le rattachement à une branche et permet une définition plus précise du salaire usuel dans la branche.

La procédure peut varier de cas en cas, en fonction de la disponibilité de sources de données adéquates et, en règle générale, il est recommandé de recourir simultanément à différentes méthodes. En règle générale, le SECO soumet au bureau de la CT fédérale un projet de demande de détermination du salaire usuel dans la branche et dans la localité. Le bureau de la CT fédérale soumet ensuite au plenum de la CT fédérale cette demande pour décision.

1. L'enquête sur la structure des salaires

L'ESS de l'OFS offre une bonne base de données pour analyser la structure des salaires en Suisse. L'ESS est une enquête sur les salaires d'environ 49'000 entreprises privées et publiques, occupant un effectif de 1,9 million de travailleurs. Elle est réalisée tous les deux ans et permet de faire, sur la base de données représentatives, une description régulière de la structure des salaires dans toutes les branches des secteurs secondaires et tertiaires, ainsi que dans l'exploitation forestière. L'ESS contient des informations sur la formation et sur la situation professionnelle des personnes actives, sur le niveau d'exigences requis pour le poste de travail, ainsi que sur le type d'activité de l'entreprise. L'ESS n'inclut ni l'agriculture ni les personnes travaillant chez des ménages privés.

Pour la régionalisation des données, il conviendrait de se référer aux possibilités offertes par la source de données. Les données de l'ESS permettent de faire une différenciation selon sept grandes régions. Pour certains cantons, on dispose aussi d'échantillons élargis, ce qui les rend analysables au niveau cantonal. Ces échantillons élargis impliquent un coût pour les cantons. D'après l'OFS, les analyses statistiques salariales au niveau cantonal sont significatives si elles reposent sur l'observation d'au moins 60 cas provenant de cinq entreprises différentes. Si cette exigence minimum n'est pas satisfaite, aucune conclusion ne peut être tirée en ce qui concerne le salaire usuel dans la localité.

Pour l'analyse des données de l'ESS et la détermination d'un salaire usuel, on utilise généralement deux méthodes différentes : une analyse statistique purement descriptive (p.

ex. le calculateur [Salarium](#) de l'OFS⁴) et un modèle économétrique qui calcule l'impact de différentes caractéristiques sur le salaire (p. ex. le [calculateur de salaires de l'Union syndicale suisse \(USS\)](#)).

Statistique descriptive au moyen de l'ESS : dans le cas d'une analyse statistique purement descriptive, seuls les salaires du groupe étudié sont pris en considération. Le volume d'échantillon à observer diminue lorsque le degré de détail augmente. En conséquence, si, pour l'observation de petites branches économiques, on délimite l'échantillon en fonction de critères précis, le nombre des relevés peut diminuer de manière significative, ce qui baisse également le niveau de pertinence des résultats.

Analyse économétrique de l'ESS : L'utilisation d'un modèle de ce type ⁵ permet de calculer l'impact de caractéristiques individuelles d'un travailleur, comme l'âge, la formation ou l'expérience professionnelle, sur le salaire – en s'appuyant sur l'ensemble de l'échantillon. On peut, par exemple, déterminer de combien le salaire augmente en général par année d'expérience professionnelle supplémentaire. Cette méthode permet de prendre en compte tous les facteurs pertinents en termes de salaire, même si le volume de l'échantillon est petit dans la branche concernée. Dès lors que l'on a calculé l'influence de tous les facteurs sur le salaire, les données collectées lors du contrôle peuvent être directement enregistrées dans le modèle et on obtient ainsi le salaire usuel pour le travailleur concerné.

De plus, il existe différents modèles économétriques et statistiques en ligne qui peuvent être utilisés pour déterminer le salaire usuel. Le Salarium de l'OFS et le calculateur de salaires de l'USS, par exemple, permettent de calculer le salaire médian ainsi que le quantile 25 % et le quantile 75 % à l'appui de caractéristiques telles que l'âge, l'expérience professionnelle, le niveau de qualification requis, le domaine d'activité et le lieu de travail. Le quantile 25 % et le

⁴ Le calculateur Salarium peut fournir des indices importants pour les salaires usuels par grosses régions. Pour différentes raisons, cet instrument devrait toutefois être utilisé avec une certaine réserve. Le calculateur Salarium différencie le statut de séjour et le sexe. On ne devrait pas tenir compte de ces caractéristiques dans l'observation du marché du travail. De plus, les données proviennent à chaque fois d'enquêtes datant de deux ans, elles ne sont par conséquent pas actuelles dans tous les cas.

⁵ La plupart des modèles de ce type sont basés sur une analyse de régression linéaire. Une régression linéaire permet de prendre en compte tous les facteurs importants qui jouent un rôle dans la fixation du salaire. Grâce aux données de l'ESS, on peut calculer des coefficients de régression à l'aide d'une analyse de régression linéaire. Ces coefficients de régression permettent de calculer de combien le salaire mensuel augmente en moyenne lorsque, par exemple, l'expérience professionnelle augmente d'un an. Une fois ces coefficients fixés, le salaire d'un travailleur peut être calculé en tenant compte de son âge, de sa formation, du lieu de travail, de son expérience et du niveau d'exigences requis pour son activité. Exemple : <http://www.geneve.ch/ogmt/tel/salaires-fr.pdf>

quantile 75 % définissent un intervalle utilisé par l'OFS pour décrire la distribution des données.

Ces modèles peuvent fournir un premier indicateur important du niveau du salaire usuel. Dans la pratique, il convient toutefois de prendre en compte également le type de répartition des salaires ainsi que des facteurs juridiques, économiques, politiques et sociaux pour déterminer le salaire usuel dans la branche et dans la localité.

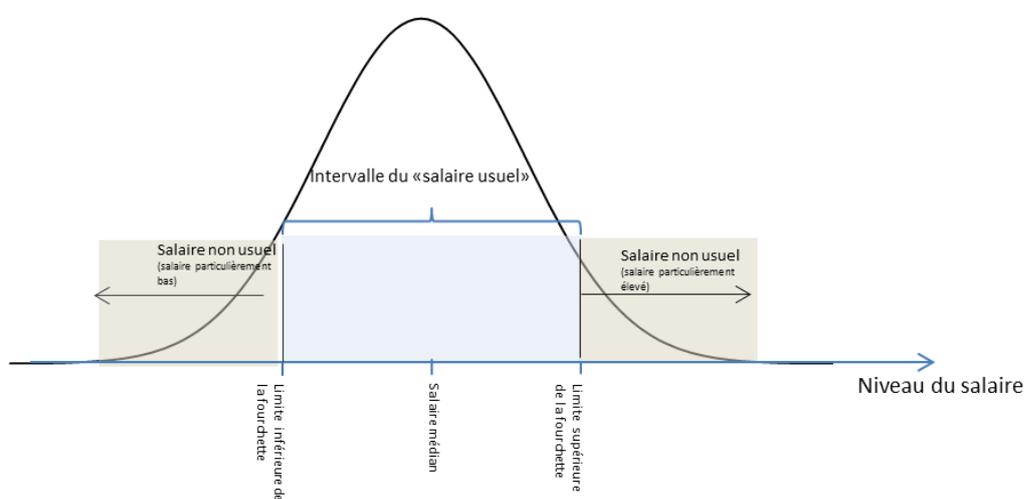


Fig. 1 : Définition du salaire usuel⁶

2. Salaire de référence

Le salaire de référence est un autre moyen de déterminer le salaire usuel. Les sources possibles de salaires de référence sont par exemple les CCT ou les CTT contenant des dispositions salariales, les CCT étendues applicables dans des domaines d'activité similaires, les recommandations et directives salariales.

⁶ Jusqu'à présent, la CT fédérale s'est basée sur le quartil inférieur. Le quartil inférieur peut être utilisé comme valeur de référence pour l'établissement de la limite inférieure de l'intervalle du salaire usuel. La limite inférieure exacte peut cependant varier de cas en cas. Il faut également retenir qu'un salaire inhabituel ne représente pas automatiquement une sous-enchère salariale abusive et répétée.

Le « Lohnbuch » de Zürich⁷ peut également fournir une source pour les salaires de référence. On y trouve les salaires minimaux des CCT étendues, les salaires minimaux des CCT et les recommandations salariales par branche. Les données du « Lohnbuch » proviennent principalement de la région de Zürich. C'est la raison pour laquelle le « Lohnbuch » contient un coefficient de conversion⁸ afin de pouvoir adapter les salaires de référence à la structure salariale de la grande région concernée. Le « Lohnbuch » peut donc faciliter la détermination du salaire usuel. Dans les branches sans CCT ou recommandations salariales, le salaire usuel se base sur les calculs de l'ESS.

Lorsque le « Lohnbuch » renvoie à une directive se rapportant exclusivement au canton de Zürich, il est conseillé de consulter d'autres sources ou directives cantonales ou régionales pour déterminer le salaire usuel.

3. Enquêtes ad hoc de la CT

Par ailleurs, la CT fédérale a la possibilité de réaliser ses propres enquêtes ou d'en faire réaliser par les cantons. En fonction du volume de l'échantillon, elle obtient par là une image exacte des salaires d'une branche.

La CT fédérale recourt à plusieurs sources - en particulier auprès des salaires usuels cantonaux - pour déterminer le salaire usuel dans la branche et dans la localité, ceci permettant de déterminer ce salaire avec plus de précision et d'en augmenter l'acceptation.

b) Constat d'une sous-enchère abusive et répétée par rapport aux salaires usuels dans une branche

On considère qu'il y a sous-enchère par rapport au salaire usuel lorsqu'une personne perçoit un salaire situé au-dessous de la limite inférieure de l'intervalle des salaires versés par une large majorité d'entreprises aux travailleurs d'une branche et d'une région

⁷ Le « Lohnbuch » (rapport sur les salaires) est édité chaque année par l'Office de l'économie et de l'emploi de la Direction de l'Économie du canton de Zurich. www.ai.zh.ch

⁸ La difficulté que présente toutefois ce coefficient de conversion est que plusieurs cantons présentant des structures économiques parfois très différentes sont regroupés dans une grande région. Les cantons de Zurich et du Tessin y sont avantagés, puisqu'ils forment chacun leur propre grande région. Dans les autres cantons, il est recommandé d'être prudent dans l'utilisation du coefficient de conversion, car il fait courir le risque de ne pas tenir suffisamment compte des différences cantonales. Il convient donc de définir différents intervalles salariaux pour chaque salaire de référence et de tenir compte d'autres sources supplémentaires.

données.. Avec l'accord des cantons concernés, la CT fédérale définit l'intervalle salarial usuel, tout comme celle de sa limite inférieure.

Il y a sous-enchère répétée lorsque l'on constate une sous-enchère salariale à l'encontre de plusieurs travailleurs, dans plusieurs entreprises d'une région ou dans une entreprise individuelle possédant une certaine position dominante sur le marché. On parlera également de sous-enchère répétée si des entreprises n'ont pas pu être amenées à corriger leur comportement après une sommation de la CT fédérale. La notion de « répétée » vise à empêcher que le niveau des salaires usuels dans une localité et une branche fasse l'objet d'une sous-enchère significative dans une branche économique.

L'autre condition requise pour l'application de l'art. 360a CO et de l'art. 1a LECCT est que la sous-enchère au salaire usuel doit être abusive. Le législateur a volontairement laissé ouvert la définition de l'abus, souhaitant laisser une marge de manœuvre suffisante pour trouver des solutions concrètes et adaptées aux situations réelles. C'est pourquoi la CT doit décider, dans chaque cas concret et compte tenu de facteurs juridiques, économiques, politiques et sociaux, si les conditions de l'abus sont remplies. L'ampleur de la sous-enchère constitue toutefois un critère important. L'abus consiste à payer des salaires qui sont en dessous de la limite inférieure de l'intervalle salarial correspondant aux salaires usuels dans la branche, la profession et la région. Un autre critère réside dans la référence au marché du travail ouvert sur le plan international. Il s'agit d'éviter que le recrutement de main d'œuvre étrangère ne conduise à une baisse des salaires dans certaines branches. Les répercussions de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services fondées sur l'accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP) sont prises en compte dans la branche. Il convient également de déterminer si les salaires sont plus bas en raison d'un changement économique et structurel dans la branche ou s'il s'agit effectivement d'une sous-enchère abusive au sens de l'art. 360a CO.

1. Méthodes statistiques

Le salaire usuel dans la localité, la branche et la profession et le constat d'une sous-enchère salariale abusive peuvent être déterminés par un modèle économétrique. Il incombe à la CT compétente de fixer à l'aide des données à disposition quelle grandeur statistique (p. e. quantile 25%, quantile 10 %, quantile 5 %) est appropriée pour définir la limite inférieure de l'intervalle salarial correspondant au salaire usuel. Toute définition statistique implique qu'il y

a à tout moment sous-enchère par rapport aux conditions usuelles de salaire. On ne peut en conclure qu'il y a aussi à tout moment une sous-enchère salariale abusive. Le quantile 25 % et le quantile 75 % définissent un intervalle utilisé par l'OFS pour décrire la distribution des données. Ces deux quartiles n'ont cependant pas été sélectionnés spécifiquement pour les besoins de l'observation du marché du travail. La CT fédérale doit juger au cas par cas dans quelle mesure ils se prêtent à fixer la limite inférieure du salaire usuel.

2. Salaire de référence

Si l'on utilise des salaires de référence, il convient également de définir la limite inférieure de l'intervalle salarial qui correspond au salaire usuel. L'intervalle est plus ou moins grand en fonction du type de salaire de référence, de sa qualité et de son acceptation. Dans les salaires de référence statistiques, par exemple un salaire médian, on tient compte, entre autres, du nombre d'observations réalisées et du niveau de l'enquête (tout le territoire suisse, régional, cantonal) pour fixer la limite inférieure de l'intervalle salarial. L'acceptation du salaire de référence dépend principalement de la manière dont le salaire a été déterminé. Si le salaire de référence est le salaire minimum négocié par les partenaires sociaux dans une CCT, l'acceptation sera plus grande que dans le cas d'une recommandation salariale unilatérale émise par une association. Il en découle que plus l'acceptation du salaire de référence est élevée, moins la limite inférieure du salaire usuel doit être éloignée du salaire de référence. Aussi les salaires minimaux fixés par une CCT peuvent-ils être utilisés directement comme limite inférieure, pour autant que la CCT en question jouisse de suffisamment de représentativité. Le soin de fixer la limite inférieure de l'intervalle salarial correspondant au salaire usuel incombe à la CT fédérale. Cette limite devra avoir été définie de manière transparente et compréhensible et être appliquée systématiquement.

3. Enquêtes ad hoc de la CT fédérale

L'amplitude de l'intervalle salarial correspondant au salaire usuel dépend du type d'enquêtes réalisé. Si une enquête globale sur une branche déterminée est réalisée, la CT obtient une image exacte des salaires payés dans cette branche. Plus l'échantillon retenu est large, plus l'intervalle salarial correspondant au salaire usuel peut être défini avec précision et plus il peut être étroit.

c) Conditions requises pour engager une procédure de conciliation ou une autre mesure

Pour que l'observation du marché du travail soit effective, la CT fédérale doit être en mesure de se faire une vue d'ensemble de la situation dans une branche. Le nombre d'entreprises interrogées doit être en relation avec le nombre d'entreprises existant dans une branche⁹, de sorte que l'échantillon soit représentatif. La CT fédérale peut alors fonder ses décisions sur des bases fiables et significatives. Si elle constate qu'une sous-enchère abusive et répétée est pratiquée dans une branche sans CCT étendue, elle doit, conformément à l'art. 360b, al. 3 CO, tenter de trouver un accord direct avec les employeurs concernés. Le but de cette procédure est d'obtenir le paiement du salaire usuel. En conséquence, en présence d'une sous-enchère abusive et répétée par rapport au salaire usuel, une procédure de conciliation sera en règle générale¹⁰ engagée avec les employeurs concernés¹¹. Cette procédure de conciliation peut prendre aussi bien la forme écrite que celle d'une rencontre directe avec les employeurs.

Dans la pratique, il est possible de mener des procédures de conciliation même lorsqu'une sous-enchère n'a été constatée que dans une entreprise et non dans toute une branche. C'est pourquoi il convient de distinguer les procédures de conciliation avec une entreprise isolée et les procédures de conciliation au sens de l'art. 360b, al. 3, CO, avec plusieurs entreprises ou une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché. La CT fédérale est compétente pour les entreprises représentées à l'échelon suprarégional ou national alors que les entreprises actives au niveau cantonal ou régional relèvent de la compétence des CT cantonales. La question de la compétence doit faire l'objet d'une coordination au cas par cas avec les cantons concernés.

d) Procédure à suivre en cas de sous-enchère abusive et répétée aux salaires, en particulier en cas d'échec de la procédure de conciliation.

⁹ S'agissant de certaines entreprises spéciales ou d'entreprises jouissant d'un monopole de fait, il se peut qu'il n'existe pas de branche à proprement parler.

¹⁰ L'expérience faite jusqu'ici dans la mise en œuvre des mesures d'accompagnement montre cependant qu'il existe des situations exceptionnelles où l'on peut renoncer à la mise en œuvre d'une procédure de conciliation. Il existe par exemple des branches, comme celle de l'économie domestique, qui excluent d'emblée le succès d'une procédure de conciliation ou qui la rendent difficile, étant donné que les contrôles de salaires y sont difficiles. Dans ce genre de cas, une procédure de conciliation est obsolète (USS Dossier n° 75 « Ediction de salaires minimaux en vertu des mesures d'accompagnement », février 2011).

¹¹ CO Art. 360b al. 3 : « Les commissions observent le marché du travail. Si elles constatent des abus au sens de l'art. 360a, al. 1, elles tentent en règle générale de trouver un accord avec les employeurs concernés. Si elles n'y parviennent pas dans un délai de deux mois, elles proposent à l'autorité compétente d'édicter pour les branches ou professions concernées un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux. »

L'art. 360b, al. 3, CO prévoit que la CT fédérale demande l'édiction d'un CTT fixant des salaires minimaux¹² ou une extension facilitée du champ d'application d'une CCT¹³ si la procédure de conciliation avec les employeurs concernés n'a pas débouché sur un résultat positif. Les procédures de conciliation ont pour objectif d'obtenir de l'employeur le versement de la différence de salaire nécessaire ou, si l'employeur a son siège en Suisse, l'adaptation du contrat de travail. Les mesures prévues par la loi — édicition d'un CTT ou extension facilitée d'une CCT — n'interviennent que si les procédures de conciliation que la CT a menées avec plusieurs entreprises (représentant dans leur ensemble une part importante de la branche) ou avec une entreprise bénéficiant d'une position dominante sur le marché ont échoué.

En revanche, lorsque seules des entreprises isolées sont enjointes à verser le supplément de salaire nécessaire ou à adapter le niveau de salaire, on parle alors de procédures de conciliation avec une entreprise isolée. Si une telle procédure échoue, la CT fédérale examine si les conditions pour l'édiction d'un CTT sont remplies. Dans les branches où l'on constate des sous-enchères salariales abusives et répétées malgré des procédures de conciliation réussies, les mesures pourraient également trouver application.

S'il s'avère que dans une branche, le salaire usuel fait l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, les conditions requises pour faire la demande d'un CTT avec salaire minimum obligatoire ou d'une extension facilitée d'une CCT sont remplies¹⁴. Dans des cas particuliers, la CT fédérale peut renoncer à une demande au Conseil fédéral, par exemple dans des situations où les partenaires sociaux sont en voie d'achèvement à une CCT pour une branche. Dans les cas où plusieurs cantons, ou une branche présente sur tout le territoire suisse, sont concernés par des sous-enchères salariales, la CT fédérale pourra faire la demande d'un CTT fixant des salaires minimaux obligatoires ou d'une extension facilitée de

¹² **CO Art. 360a, al. 1** : « Si, au sein d'une branche économique ou d'une profession, les salaires usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente peut édicter, sur proposition de la commission tripartite visée à l'article 360b, un contrat-type de travail d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux différenciés selon les régions, et le cas échéant, selon les localités, dans le but de combattre ou de prévenir les abus. »

¹³ **LECCT Art. 1a** : « Si la commission tripartite visée à l'art. 360b du code des obligations constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension de la convention applicable à cette branche. »

¹⁴ Lors de la demande de CTT ou d'extension facilitée d'une CCT, la question se posera toutefois de savoir si les sous-enchères salariales ont été constatées dans une branche ou si le nombre d'entreprises qui proposent une prestation de services est trop faible pour pouvoir parler d'une « branche ».

CCT auprès du Conseil fédéral. Dans de tels cas, le SECO présente au bureau de la CT fédérale un projet de demande d'extension facilitée d'une CCT ou d'édiction d'un CTT avec salaires minimaux obligatoires. Le bureau de la CT fédérale soumet ensuite au plenum de la CT fédérale une demande pour décision.. Si cette dernière approuve à son tour la demande d'extension facilitée d'une CCT ou d'édiction d'un CTT prévoyant des salaires minimaux impératifs, elle la soumet au Conseil fédéral.

Dans les cas où quelques entreprises seulement sont concernées et où l'on ne peut ni parler d'un abus répété ni d'une branche, mais que des sous-enchères salariales ont tout de même été constatées, il serait opportun de recommander aux partenaires sociaux concernés d'entamer des discussions. Dans ce contexte, le niveau d'organisation des partenaires sociaux jouera également un rôle. En général, dans les branches peu ou pas du tout organisées, une intervention de la CT sera plus nécessaire que dans celles où les partenaires sociaux sont en mesure de trouver une solution entre eux.

4 Annexes

**Proposition d'une mesure du salaire usuel dans une localité et dans une branche
(OGMT Genève)**



Adobe Acrobat
Document

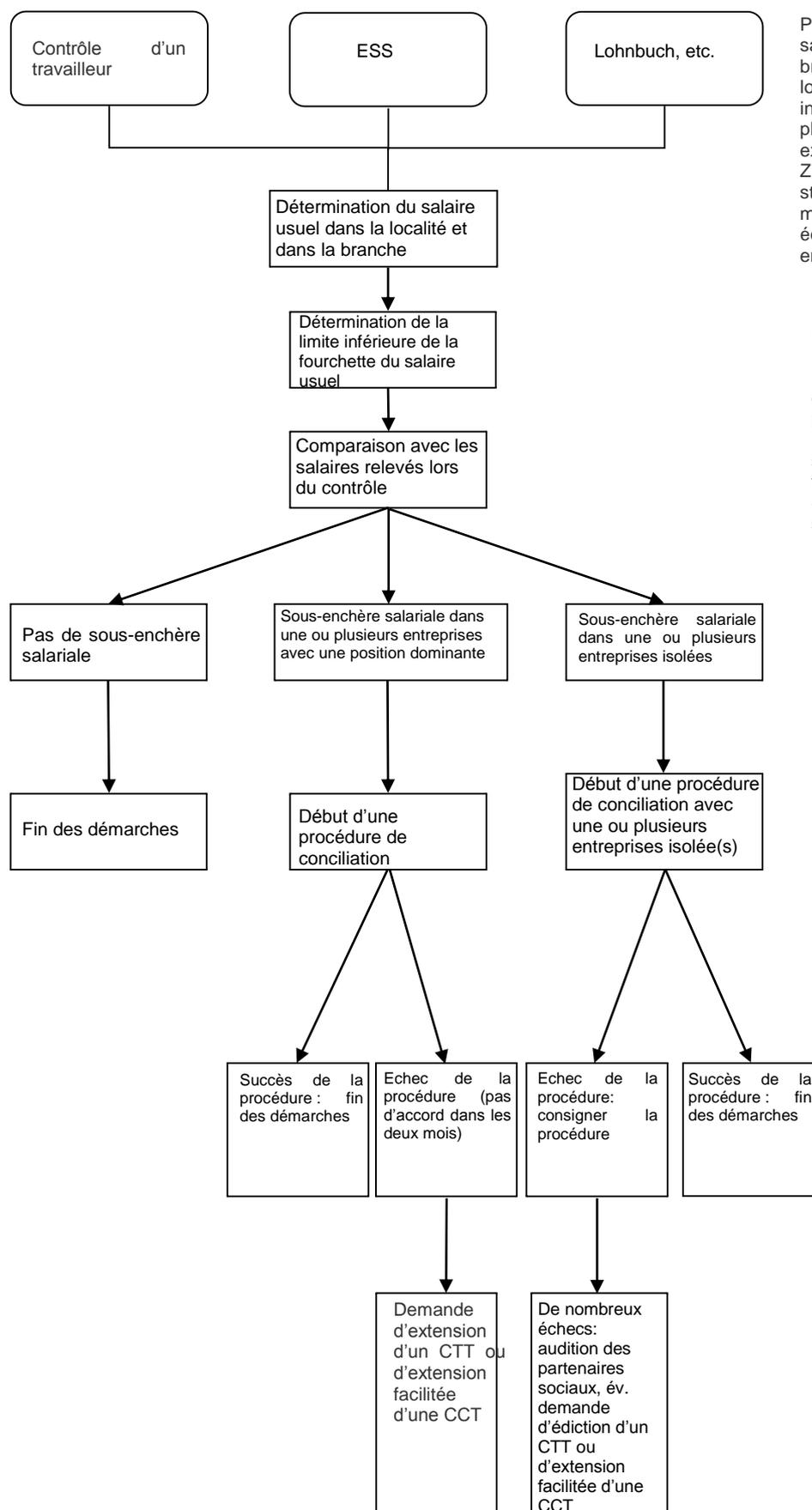
**Proposition d'une définition de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée
(OGMT Genève)**



Adobe Acrobat
Document

Diagramme de flux

Observation du marché du travail par les commissions tripartites cantonales



Antrag an die TPK Bund

Datum:

2. September 2009

Referenz:
Sachbearbeiter/in: ane

Zuständigkeit der TPK-Bund bei der Arbeitsmarktbeobachtung und Abgrenzung zur kantonalen Zuständigkeit

1. Ausgangslage

Von Seiten der kantonalen tripartiten Kommissionen (TPK) wurden im Zusammenhang mit überkantonalen Lohnunterbietungen durch denselben Arbeitgeber die TPK Bund und das SECO um die Übernahme der Fälle im Hinblick auf ein Verständigungsverfahren resp. um die Koordination des Verfahrens gebeten.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, wie die Aufgaben und Zuständigkeiten der TPK Bund mit den kantonalen TPK abzugrenzen sind und wie die TPK Bund die kantonalen TPK in kantonsübergreifenden Fällen unterstützen kann.

2. Rechtliche Regelung der Zuständigkeit der kantonalen TPK und der TPK Bund

Artikel 360b OR schreibt vor, dass der Bund und die Kantone TPKs einsetzen, welche den Arbeitsmarkt beobachten und bei festgestellten Missbräuchen die direkte Verständigung mit den betroffenen Arbeitgebern suchen. Eine detaillierte Aufgabenumschreibung der TPK ist in Art. 11 Abs. 1 der Entsendeverordnung enthalten. Diese enthält einen ausführlichen Aufgabenkatalog wie Beurteilen von Informationen über Löhne und Arbeitszeiten (lit. a), Mitwirken bei der Feststellung der orts-, berufs und branchenüblichen Löhne (lit. b), Feststellen von Missbräuchen (lit. c), Abklären von Einzelfällen und Durchführen von Verständigungsverfahren (lit. d) usw. Im Reglement der TPK Bund ist dieser Katalog nahezu identisch übernommen worden (Art. 6).

Eine Koordinationsklausel zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen kantonaler TPK und TPK Bund existiert nicht in den rechtlichen Grundlagen.

Vor diesem Hintergrund ist davon ausgehen, dass sowohl die kantonale TPK als auch die TPK Bund gesetzlich gleichermaßen ausgestaltete Arbeitsmarktbehörden sind mit dem Auftrag, den Arbeitsmarkt zu beobachten und dabei zusammenzuarbeiten. Ferner ist daraus zu schliessen, dass das Gesetz in der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen TPK Bund und kantonaler TPK eine Lücke enthält. Diese Lücke kann in analoger Anwendung anderer Zuständigkeitsregelungen im OR und im AVEG geschlossen werden, d.h. zum Erlass von NAV (Art. 359a OR), für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Art. 7 AVEG). Demnach soll der Bund grundsätzlich in Fällen aktiv werden, bei welchen in mehreren Kantonen Lohnunterbietungen festgestellt wurden, während die Kantone für die örtlich auf ihr Gebiet begrenzten Fälle zuständig sind.

3. Aufgabenteilung im Verständigungsverfahren

Da die rechtlichen Grundlagen keine Antworten auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten enthalten, müssen der Bund und die Kantone sich über die Spielregeln für ein koordiniertes Vorgehen einigen. Nach dem vorliegenden Vorschlag treten die Kantone die Zuständigkeit und damit die Entscheidkompetenz für den Fall nicht einfach an den Bund ab, sondern es wird ein koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Das Reglement der TPK Bund sieht vor, dass auf Ebene Bund eine Subkommission das Verständigungsverfahren durchführt (Art. 6 Bst. d), wobei die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in der Subkommission vertreten sein sollten.

Für ein koordiniertes Verfahren drängt es sich auf, auch bei überkantonalen Verständigungsfällen eine gewisse Aufgabenteilung vorzunehmen und die Wirkung der Verhandlungsergebnisse zu klären. Zwei Ziele sollen damit verfolgt werden: 1. das koordinierte Verfahren soll Effizienz für die betroffenen Kantone und Arbeitgeber bringen, 2. mit der Aufgabenteilung soll unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes möglichst wenig in die kantonalen Kompetenzen eingegriffen werden.

3.1 Zuständigkeit zur Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne

Das Gesetz schreibt den Kantonen und dem Bund nicht explizit vor, wer für die Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne zuständig ist. Art. 11 Abs. 1 Bst. b EntsV sieht vor, dass die TPK „bei der Feststellung der üblichen Löhne *mitwirkt*, dazu gehört das Einholen der nötigen Informationen und Unterlagen bei Bund und Kanton“.

Nach dem vorliegenden Vorschlag ist der Kanton für die Festlegung der orts- und branchenüblichen Löhne zuständig. Dies drängt sich auf, weil der Kanton resp. die kantonale TPK über die besten Kenntnisse über die üblichen Löhne im Kantonsgebiet verfügt. Gemäss dem beiliegenden Ablaufschema für ein koordiniertes Vorgehen ist vorgesehen, dass die kantonale TPK der TPK Bund die orts- und branchenüblichen Löhne als *massgebliche* Grundlage für das Verständigungsverfahren mitteilt. Damit soll sichergestellt sein, dass sich das Verhandlungsziel nach den kantonalen Vorgaben zum üblichen Lohn richtet.

3.2 Rechtliche Verbindlichkeit der Ergebnisse aus dem Verständigungsverfahren

Bei den Ergebnissen aus dem Verständigungsverfahren stellt sich die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit, insbesondere für jene Kantone, welche bei den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber nicht beteiligt waren. Dabei ist abzuwägen zwischen den Interessen der einzelnen Kantone, welche nicht an der Verhandlung beteiligt waren, und den Interessen des Arbeitgebers, auf die Vereinbarungen mit den Behörden vertrauen zu können (Frage des Vertrauensschutzes). Auch die TPK Bund muss sich darauf verlassen können, dass eine mit dem Arbeitgeber getroffene Lohnvereinbarung eine allgemeine Verbindlichkeit hat und nicht später von einzelnen Kantonen in einem erneuten Verfahren in Frage gestellt werden kann.

3.2.1 Verbindlichkeit für die an den Verhandlungen beteiligten Kantone

Gemäss dem vorliegenden Vorschlag wird ein zwischen Bund und Kantonen koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Zumindest jene Kantone sollten sich an der Verhandlung beteiligen, welche Lohnunterbietungen beim betroffenen Arbeitgeber festgestellt haben. Aufgrund der weitreichenden Verbindlichkeit der Vereinbarungen (siehe unten, Punkt 3.2.2) soll es darüber hinaus jedem Kanton offen stehen, an der Verhandlung teilzunehmen. Die Kantone teilen der TPK Bund mit, welche Vertreter an der Verhandlung teilnehmen. Für die an der Verhandlung beteiligten Kantone ist das Verhandlungsergebnis verbindlich.

3.2.2 Verbindlichkeit für die nicht direkt an den Verhandlungen beteiligten Kantone

Die mit der Koordination beabsichtigte Effizienz kann nur erreicht werden, wenn eine getroffene Vereinbarung für alle Kantone Gültigkeit hat. Eine weniger weitreichende Verbindlichkeit würde das Vertrauen des Arbeitgebers in die Vereinbarungen mit den Arbeitsmarktbehörden schwächen und ein negatives Licht auf das Institut des Verständigungsverfahrens werfen. Zudem wäre ein solches Vorgehen ineffizient, weil im Ergebnis dennoch mehrere Verfahren auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene stattfinden würden. Ein koordiniertes Vorgehen ist deshalb nur sinnvoll, wenn die Ergebnisse von allen Kantonen anerkannt werden.

Die nicht an den Verhandlungen beteiligten Kantone werden insofern angehört, als sie der TPK Bund im Hinblick auf das Verständigungsverfahren ihre üblichen Löhne bekannt geben.

4. Zusammenfassung

Da die rechtlichen Grundlagen keine Antworten auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten enthalten und folglich auch keine Hinweise über die rechtliche Verbindlichkeit der Ergebnisse liefern, müssen der Bund und die Kantone sich über die Spielregeln für ein koordiniertes Vorgehen einigen. Nach dem vorliegenden Entwurf wird die Zuständigkeit der Kantone nicht einfach an die TPK Bund abgetreten, sondern es wird ein koordiniertes Verfahren unter der Leitung der TPK Bund durchgeführt. Der Vorschlag im Anhang enthält eine Aufteilung der Aufgaben und Funktionen im Verständigungsverfahren. Zudem müssen alle Kantone die im Verständigungsverfahren getroffenen Vereinbarungen anerkennen.

<h2>5. Antrag an die TPK Bund</h2>

Das Büro der TPK Bund beantragt dem Plenum die Genehmigung des vorliegenden Vorschlages.

Abgrenzung der Zuständigkeiten und Zusammenarbeit zwischen kantonalen TPKs und TPK Bund bei der Durchführung von Verständigungsverfahren

	Kantonale TPK	TPK Bund
Ein schweizweit oder regional (überkantonal) tätiger Arbeitgeber unterbietet die Löhne in mehreren Kantonen	<p>1. Führt die Erhebungen im Kt. Durch</p> <p>2. Legt den orts- und branchenüblichen Lohn fest</p> <p>3. Entscheidet über wiederholte und missbräuchliche Unterbietungen</p> <p>4. Sondiert direkt bei anderen Kantonen nach ähnlichen Feststellungen in anderen Kantonen</p> <p>5. Führt ein Verständigungsverfahren durch, in Koordination mit anderen Kantonen oder beantragt der TPK Bund die Übernahme des Falles =></p> <p>10. Das Ergebnis des Verständigungsverfahrens ist für alle Kantone verbindlich</p> <p>11. Die Kantonalen TPK kontrollieren die Umsetzung des Resultats des Verständigungsverfahrens</p>	<p>6. entscheidet über Übernahme des Falles</p> <p>7. führt in Zusammenarbeit mit <i>allen</i> Kantonen (bzw. mit allen Kantonen der betroffenen Region) eine Lohnerhebung beim Arbeitgeber durch</p> <p>8. die Kantone erstatten der TPK Bericht über allfällige Lohnunterbietungen und über ihre orts- und branchenüblichen Löhne</p> <p>9. Eine Subkommission der TPK Bund führt zusammen mit den von den Kantonen delegierten Vertretern ein Verständigungsverfahren durch</p>

Protokollauszug

Protokoll der 25. Sitzung vom 22. September 2009

Ort und Zeit:	Bern, SECO, Effingerstrasse 31, 14.15 - Uhr
Teilnehmer:	
Staat:	Gaillard Serge (SECO, Vorsitzender) Hirsbrunner Martin (BfM) Gerspacher Rolf (SECO) Scherrer Ursula (SECO, Protokoll) Lopardo Rosa (Departement Volkswirtschaft und Inneres Kt. AG) Piccand Roger (Service de l'emploi du canton de Vaud)
Arbeitgeber:	Daum Thomas (Schweizerischer Arbeitgeberverbands) Schober Fritz (Schweizerischer Bauernverband) Lehmann Daniel (Schweizerischer Baumeisterverbands) Von der Weid Sabine (déléguee de la Fédération des Entreprises Romandes Genève) Taddei Marco (Schweizerischer Gewerbeverband)
Arbeitnehmer:	Lampart Daniel (Schweizerischer Gewerkschaftsbund) Pedrina Vasco (UNIA) Unternährer Stefan (Hotel und Gastro Union) Ambrosetti Renzo (UNIA) Gisi Barbara (KV Schweiz)
Entschuldigt:	Gasser Peter (SECO) Schmutz Anton (Gastrosuisse) Blank Susanne (TravailSuisse)
Gast	Dr. Peter Meyer, AWA Zürich

Traktanden:

2. Abgrenzung Zuständigkeit TPK Bund/kantonale TPK bei Verständigungsverfahren

2. Abgrenzung Zuständigkeit TPK Bund/kantonale TPK bei Verständigungsverfahren

Antrag: gemäss Beilage

Auf Vorschlag der Arbeitnehmervertreter wird in der Diskussion festgehalten, dass die TPK Bund mit den betroffenen Kantonen Gespräche führt, wenn nach Ansicht der TPK Bund die orts- und branchenüblichen Löhne zu tief angesetzt werden. Die TPK Bund bildet sich im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Kantonen eine eigene Meinung zu diesen Fragen.

Beschluss: Der Antrag gilt als ein Arbeitsinstrument und wird in dieser Form genehmigt.

Marge d'appréciation des CT sur la base de l'art. 360a ss CO

1. Contexte

Le chef du DEFR et la cheffe du DFJP avaient chargé en juillet 2013 un groupe de travail, dirigé par la secrétaire d'Etat M.-G. Ineichen-Fleisch, de dresser un état des lieux du fonctionnement des mesures d'accompagnement (flankierende Massnahmen, FlaM) et d'étudier la nécessité de prendre d'éventuelles mesures. Les associations d'employeurs et de travailleurs représentées dans le groupe de travail ont aussi discuté, dans le cadre d'un dialogue entre partenaires sociaux, des questions de régulation dans le domaine du marché du travail. Sur la base du rapport du groupe de travail « Libre circulation des personnes et mesures du marché du travail »¹⁵, le Conseil fédéral a décidé le 26 mars 2014 de renforcer à nouveau les FlaM. Dans le cadre de cette décision, le DEFR et le DFJP ont notamment été chargés de constituer un groupe de travail pour examiner les deux questions suivantes:

- La possibilité d'édicter des CTT de manière préventive en cas de « menace d'abus » ;
- La nécessité de pouvoir prendre des mesures dans les branches dans lesquelles le partenariat social ne fonctionne pas.

D'éventuelles propositions seront à soumettre au Conseil fédéral dans un rapport d'ici mi-2014.

Le groupe de travail composé de représentants d'associations d'employeurs et de travailleurs ainsi que de la CDEP a débattu le 11 juin 2014 de la nécessité de prendre des mesures dans les deux thématiques précitées. La procédure suivante a été décidée à cette occasion:

1. Le SECO effectue une enquête auprès des CT cantonales pour savoir si des demandes d'édicter un CTT ont déjà par le passé été rejetées par le conseiller d'Etat compétent ;
2. Le SECO rédige une note sur la marge de manœuvre en ce qui concerne la marche à suivre pour édicter un CTT au sens de l'art. 360a ss CO.

Le présent document traite du deuxième mandat du groupe de travail. Après la procédure de consultation, ce document représentera pour les autorités cantonales du marché du travail un complément au concept de la CT fédérale relatif à l'observation du marché du travail.

2. Généralités sur la marge d'appréciation des CT cantonales en cas de demande d'édicter un CTT

L'interprétation des dispositions légales sur l'observation du marché du travail et l'édiction de CTT (art. 360a ss CO) reconnaît de manière générale une grande marge d'appréciation aux CT pour ce qui est de constater les salaires usuels dans une localité et une branche, de constater un abus et d'engager une procédure de conciliation ainsi que de demander d'adoption d'un CTT. Dans la pratique, en cas de modification soudaine de la situation économique ou du marché du travail, il peut s'avérer nécessaire d'agir rapidement. Une telle situation ne laisse pas le temps de réaliser de longues enquêtes et analyses du marché du travail, ou encore de passer par des procédures complexes. Il se pose donc la question de savoir quelles conditions minimales doivent être remplies, et quelles étapes doivent être obligatoirement respectées pour édicter un CTT.

¹⁵ Libre circulation des personnes et mesures du marché du travail – fonctionnement et mesures éventuelles ; Rapport du groupe de travail sous la direction de la secrétaire d'Etat M.-G. Ineichen-Fleisch ; février 2014 (groupe de travail Ineichen)

Les questions suivantes, en particulier, se sont posées au cours des discussions du groupe de travail :

a) Est-il obligatoire d'avoir au préalable mené une procédure de conciliation pour édicter un CTT?

b) En vertu des bases juridiques existantes, serait-il admissible d'édicter un CTT sans preuve concrète de sous-enchère salariale abusive? Un CTT serait alors possible dès la constatation d'un danger qui pourrait mener à des abus dans une branche spécifique. Dans ce cas, le CTT aurait un but purement préventif.

a) Une procédure de conciliation préalable est-elle obligatoire pour édicter un CTT ?

La seule teneur de l'art. 360b CO ne permet pas de conclure de manière claire si la procédure de conciliation constitue ou non une étape obligatoire dans le cadre de la procédure précédant l'édiction d'un CTT. L'art. 360a CO, qui définit les conditions matérielles à remplir pour édicter un CTT, ne mentionne pas la procédure de conciliation.

De l'avis majoritaire dans les milieux concernés, on part aujourd'hui du principe qu'il ne s'agit pas d'une étape obligatoire de la procédure. Le Tribunal fédéral avait défendu ce point de vue en lien avec l'édiction d'un CTT pour la branche de l'électronique dans le canton du Tessin¹⁶, en indiquant que le projet de CTT doit être publié et que les milieux concernés doivent avoir la possibilité de prendre position.

Le concept de la CT fédérale relatif à l'observation du marché du travail retient lui aussi qu'il est exceptionnellement possible de renoncer à mener une procédure de conciliation, par exemple lorsqu'on peut exclure d'entrée toute chance que la procédure de conciliation aboutisse. La procédure de conciliation avant d'édicter un CTT est certes la norme, toutefois, il appartient à la CT d'y renoncer exceptionnellement en présence de circonstances particulières.

b) Marge d'appréciation des CT pour édicter un CTT

L'administration et la doctrine établie partent du principe qu'édicter un CTT présuppose que la CT ait constaté des cas de sous-enchère salariale abusive et répétée. Le message du Conseil fédéral¹⁷ relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE répond lui aussi clairement à cette question : « Il ne saurait s'agir ici d'une mesure générale et préventive. Ce n'est qu'en présence d'une situation de sous-enchère abusive et répétée que l'Etat sera habilité à édicter un CTT. » Cette position a également été soutenue dans les débats parlementaires. Edicter un CTT à des fins de prévention n'est pas non plus considéré admissible par la doctrine, et cette demande a aussi été rejetée par la majorité au sein du groupe de travail sous la direction de Madame la secrétaire d'Etat Ineichen-Fleisch.

Les bases juridiques prévoient donc aussi que des sous-enchères salariales abusives soient constatées avant de pouvoir demander un CTT. La teneur de la loi ne laisse aucune place à une interprétation qui irait dans le sens de la possibilité d'édicter un CTT en présence d'un danger potentiel pouvant théoriquement mener à des sous-enchères salariales, et ceci sans avoir examiné les conséquences concrètes sur le marché du travail et constaté des abus. En d'autres termes, demander un salaire minimum pour prévenir de manière générale les sous-enchères salariales outrepassé la marge d'appréciation légale de la CT. C'est aussi le cas en présence de certaines circonstances qui pourraient constituer un danger de sous-enchères salariales.

Il faut enfin rappeler le caractère subsidiaire du CTT. Celui-ci n'entre en ligne de compte que lorsqu'une branche ne dispose pas de CCT qui puisse être étendue (art. 360a, al. 1, CO).

¹⁶ 4C 3/2013 du 20 novembre 2013

¹⁷ FF 1999 5440

Cette subsidiarité repose sur l'idée de la primauté des accords entre partenaires sociaux sur toute intervention de l'Etat. Cependant, lorsque cette condition est remplie, la raison pour laquelle il n'existe pas de CCT pouvant être étendue dans une branche ne joue aucun rôle. Il est ainsi possible qu'il n'existe pas d'association dans la branche, du côté des employeurs ou des travailleurs, ou encore qu'une association n'ait pas de compétences de conclure une convention entre partenaires sociaux, ou qu'il s'agisse d'un régime sans convention.

Le pronostic sur l'évolution future de la situation du marché du travail dans une branche peut dans tous les cas aussi être pris en compte dans la décision de demander l'adoption d'un CTT. La question de savoir si les circonstances permettent de conclure que des abus supplémentaires ou plus importants sont à craindre dans l'avenir peut même lourdement peser dans l'édiction d'un CTT. Dans ce sens, c'est toujours un but de prévention qui est poursuivi, tout en sachant que les prérequis légaux, à savoir l'abus répété, se sont réalisés et doivent être prouvés. La teneur de l'art. 360a CO définissant l'objectif du CTT comme étant de "combattre ou de prévenir les abus" soutient ce point de vue.

Des cas isolés tirés de la pratique des cantons en matière d'édiction de CTT montrent qu'une situation spécifique peut survenir sur le marché du travail, qui présente un danger concret pour les salaires et le marché du travail, et peut exiger qu'un CTT soit édicté.

- En raison d'une réglementation plus stricte de la branche en Italie, les centres d'appels ont déplacé en un laps de temps très court leurs affaires vers le canton du Tessin. Le canton du Tessin a effectué des contrôles par échantillons sur les salaires. Les résultats de ces contrôles ont montré que beaucoup d'étrangers travaillaient dans des centres d'appels à des conditions d'engagement abusives, de sorte que le canton du Tessin a jugé nécessaire de prendre des mesures.

- Lors du vide conventionnel dans le secteur principal de la construction en 2012, le canton du Valais a constaté des abus et édicté en collaboration avec les partenaires sociaux un CTT comportant des salaires minimaux pour le secteur principal de la construction. Il l'a ensuite abrogé lors de la réentrée en force de l'extension de la CCNT pour le secteur principal de la construction en fin février 2013. Le CTT a ainsi constitué une solution transitoire jusqu'à l'entrée en force d'un salaire minimum convenu entre les partenaires sociaux dans le cadre d'une CCT étendue.

3. Manière de procéder des CT

Si la situation en matière de salaire et de conditions de travail se détériore en un laps de temps très court dans une branche sans que cela puisse être imputé à des modifications conjoncturelles ou structurelles, et si aucune amélioration ne peut être attendue dans un avenir proche, les autorités du marché du travail doivent alors rapidement pouvoir réagir. Lorsque la question de prendre des mesures se pose en raison d'un danger concret pour une branche, la CT doit disposer rapidement d'informations quant aux salaires dans la branche. Dans de tels cas, elle ne doit pas forcément contrôler la branche de manière intensive, et ainsi risquer que les sous-enchères salariales abusives prennent des proportions critiques. Dans des situations qui indiquent un danger concret de pression sur les salaires, il peut être suffisant que la CT constate, par exemple au moyen de concepts salariaux de quelques entreprises concernées ou au moyen d'une enquête par échantillons sur les salaires, que des (premiers) cas de sous-enchères salariales ont effectivement eu lieu. Dans ces cas particuliers et lorsque les premières enquêtes révèlent déjà des conditions salariales abusives, on peut renoncer à des contrôles d'échantillons représentatifs. Cette manière de procéder présuppose cependant que la CT dispose de suffisamment d'éléments et de données pour déterminer le salaire usuel pour la localité et la branche. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il n'est que difficilement possible de constater des sous-enchères abusives au moyen des enquêtes minimales mentionnées.

Comme noté plus haut, il revient à la CT d'apprécier s'il est possible, dans le cas concret, de renoncer à mener une procédure de conciliation. Si la CT estime qu'il est probable qu'une

procédure de conciliation ne permettra pas d'aplanir les difficultés rencontrées dans la branche et de prévenir de nouvelles sous-enchères répétées, elle peut renoncer aux procédures de conciliation et décider directement de demander qu'un CTT soit édicté. Le processus s'en trouve encore accéléré.

4. Conclusion

La marge d'appréciation légale de la CT dans le cadre de son mandat selon les art. 360a ss CO permet de faire face à des situations variées du marché du travail. En cas de danger concret, la CT a en particulier la compétence, en matière de procédure, de maintenir le processus qui va de la constatation d'abus jusqu'à la demande d'adoption d'un CTT relativement court, et ainsi de combattre de nouvelles pressions salariales. C'est aussi ce qui ressort des différents arrière-plans et origines des CTT institués jusque-là aux niveaux cantonal et fédéral.