



Conférence sur la détermination des abus en matière de salaire
OGMT, Genève, mercredi 23 mai 2007

**Quelques réflexions pour une définition
de la notion de sous-enchère abusive et répétée**

***(présentation basée sur les réflexions actuellement en cours à l'OGMT
sans caractère définitif)***

Y. Flückiger

Observatoire Universitaire de l'emploi (OUE), Université de Genève

et

Ingrid Unterlerchner

OCIRT



Mise en garde

Cette présentation reflète l'état des réflexions sur la question de la notion de sous-enchère abusive et répétée au sein de l'OGMT.

Cette réflexion étant en cours, les éléments présentés ici sont de nature provisoire et à considérer comme tels.



1. Introduction

- Dans le cadre de l'ouverture du marché suisse du travail, le législateur a adopté des dispositions légales comme mesure d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes
- Ces mesures permettent d'introduire, en cas d'abus, des salaires minimaux impératifs par le biais de conventions collectives de travail étendues ou, subsidiairement, de contrats-types de travail
- Si la notion d'abus constitue un élément central de ces interventions, elle n'a pas été encore clairement définie
- Lors de la session des chambres du mois d'août 1999, le conseiller fédéral Pascal Couchepin reconnaissait d'ailleurs cette difficulté



1. Introduction

« Nous nous sommes efforcés de définir un abus, et je suis arrivé à la conclusion que l'abus, c'est comme le mal en théologie: impossible à définir. ... Par contre, chacun sait ce qu'est le mal; chacun sait, lorsqu'on est sur le terrain de la réalité sociale, ce que peut être un abus salarial qui aurait pour effet de provoquer un effondrement des salaires dans une région. C'est à cela que nous visons. »



1. Introduction

- Notre présentation propose une lecture économique de cette notion juridique indéterminée
 - Nous commencerons par définir, tout d'abord, les différents concepts qui composent la notion de **sous-enchère abusive et répétée** ainsi que celle de **salaire en usage**, par rapport à laquelle cette dernière se définit
 - Finalement, nous examinerons les différentes situations susceptibles de se manifester sur le marché du travail
 - ... ainsi que les **moyens de régulation** à disposition des autorités et des particuliers
-



2. Définitions

1) *Notion de salaire en usage*

➤ Précisions :

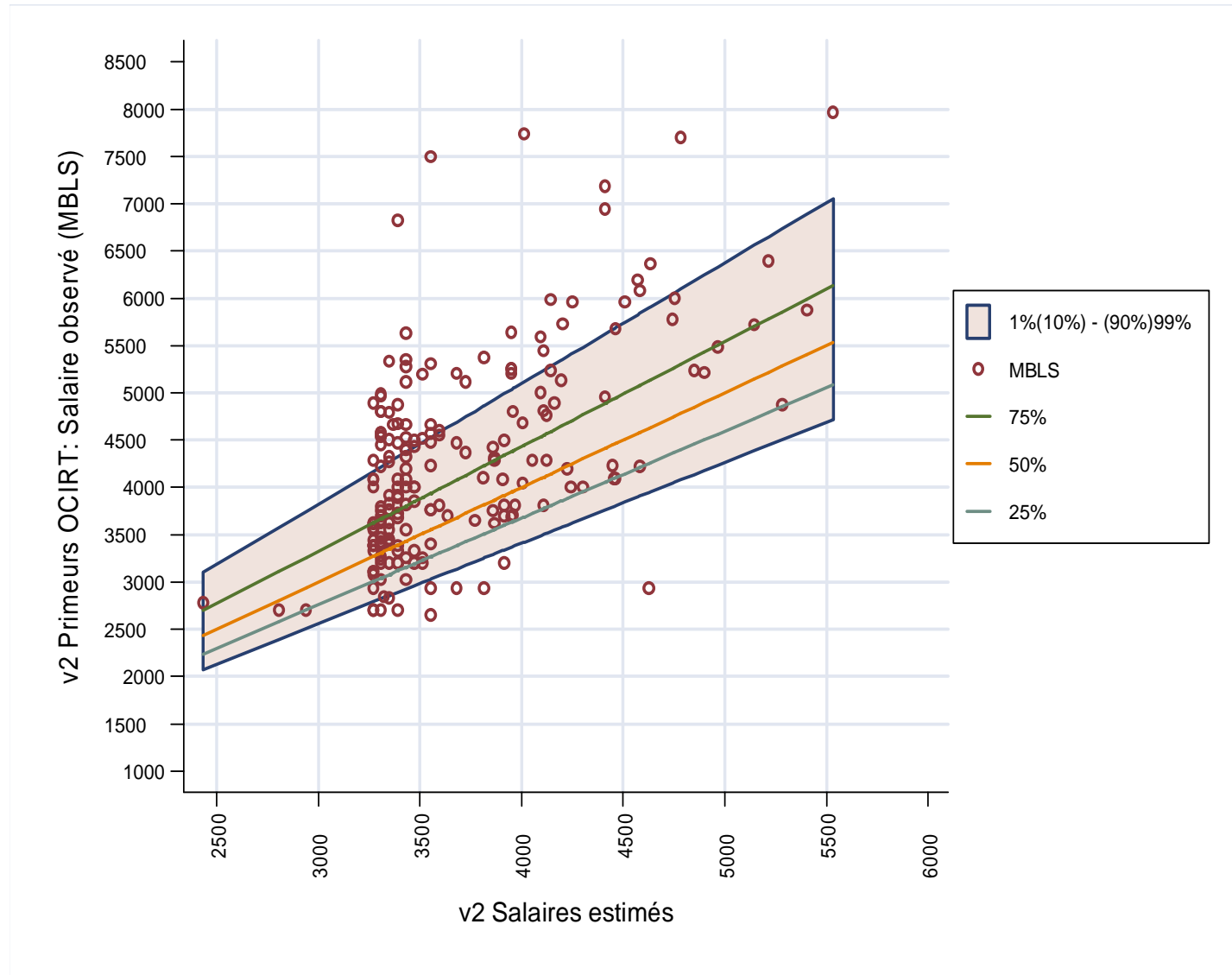
- a) Tous les salaires observés sur le marché à un moment donné ne sont pas constitutifs de l'usage
 - b) Certains peuvent être abusivement bas (et d'autres exceptionnellement élevés) compte tenu notamment des lacunes susceptibles d'affecter le marché du travail (segmentation ou pouvoir de monopsonie notamment)
 - c) D'autre part, il existe autant de salaires (ou plus précisément de fourchettes salariales) en usage qu'il y a de personnes ou de profils individuels différents au sein d'une entreprise
- Le salaire en usage est défini à partir des critères usuellement utilisés par les employeurs pour fixer les salaires de leurs employés
-



2. Définitions

- Selon l'approche développée par l'OGMT, ces critères sont respectivement la **formation, l'âge, l'ancienneté, le niveau des qualifications requises** pour le poste occupé, la **position hiérarchique** et le **domaine d'activité** de chaque salarié
 - Ce salaire, estimé selon les caractéristiques de chaque salarié, est ensuite assorti **d'une fourchette** pour tenir compte des pratiques salariales des différentes entreprises actives dans un secteur déterminé, localisé sur un marché régional du travail particulier
 - Il n'y a donc pas un salaire usuel qui s'appliquerait à une catégorie d'employés, mais un salaire personnalisé pour chaque salarié, compte tenu de ses caractéristiques propres, de celles du poste de travail et des entreprises actives dans un secteur donné
-

Salaires en usage : une illustration





2. Définitions

2) *Notion de sous-enchère*

- Cette notion se définit par rapport au salaire en usage
 - Elle désigne toute situation où une personne obtient un salaire qui se situe **au-dessous de la valeur inférieure d'une fourchette salariale** calculée à partir de son profil et des pratiques salariales des entreprises localisées dans la région et le secteur considérés
 - Des entreprises liées par une CCT (étendue ou non) et qui respectent les minima salariaux qui y sont prévus, **sont susceptibles de verser un salaire inférieur à l'usage** pour un salarié qui aurait un profil individuel tel que sa rémunération devrait se situer au dessus de celle qu'il obtient
-



2. Définitions

3) *Qualification d'abusives*

- Cette qualification suppose l'existence d'un **écart significatif** par rapport au **salaire en usage**, à une **situation légale** ou par rapport encore à un **seuil que l'on peut qualifier d'absolu**
 - a) **Salaire en usage** : l'écart peut être considéré comme significatif si la différence entre la rémunération versée par l'entreprise et le salaire en usage est telle qu'elle ne laisse planer aucun doute sur le fait que le salaire est significativement inférieur, d'un point de vue statistique, à la pratique usuelle
 - Statistiquement, cet écart devrait être défini en pourcentage par rapport à la valeur minimale de la fourchette salariale
-



2. Définitions

- Ce pourcentage n'est pas fixe mais il dépend de la qualité de l'estimation effectuée et de la plus ou moins grande homogénéité des pratiques salariales des entreprises actives dans le domaine concerné
 - Plus la qualité (précision) de l'estimation est bonne (R^2), plus la distribution des salaires est homogène et plus l'écart sera faible
 - Statistiquement, cela signifie qu'il faudrait employer le concept d'écart-type par rapport à la valeur inférieure de la fourchette salariale pour déterminer le caractère significatif ou non de la différence de rémunération
 - b) Situation illégale :** si l'entreprise est liée par une CCT, mais qu'elle verse un salaire inférieur au minimum fixé par voie conventionnelle, il faut considérer qu'il y a abus dès que le salaire est inférieur aux minima prescrits, quelle que soit l'importance de l'écart observé
-



2. Définitions

- c) Seuil absolu :** il y a également abus, lorsque le salaire, équivalent à un plein temps, même fixé par une CCT, ne couvre pas les besoins existentiels des individus, voire n'a pas d'effet incitatif pour que des personnes bénéficiant de prestations sociales soient incitées à reprendre un emploi
- Ce **seuil absolu, au-dessous duquel toute pratique peut être considérée comme abusive**, devra être défini par rapport aux normes locales d'insaisissabilité ou d'assistance
 - Cette définition est importante car elle forme une **limite inférieure à une dynamique du marché** qui pourrait conduire à une baisse de salaire dans le temps telle que, lors d'une période ultérieure, une rémunération soit considérée comme usuelle alors qu'elle se situait clairement au-dessous de la fourchette salariale estimée au cours des années antérieures



2. Définitions

3) *Qualification de répétée*

- Cette qualification suppose que la pratique **se produit plus d'une seule fois**
 - Cette condition est réalisée lorsque la sous-enchère est observée auprès de:
 - i. **plusieurs entreprises** localisées dans une région donnée du marché du travail ou....
 - ii. ... au sein **d'une seule entreprise**, mais à l'encontre de **plusieurs travailleurs**
 - La répétition peut avoir lieu également dans **le temps** et être constatée au cours d'une période plus ou moins longue, par exemple de plusieurs mois, voire années
-



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

1) **Cas de sous-enchère non abusive et non répétée**

- Dans ce cas, le salaire obtenu par une personne occupée au sein d'une entreprise particulière se trouve en-dessous, mais de manière **non significative**, de la valeur inférieure d'une fourchette salariale calculée à partir du profil de cette personne considérée
- **Aucun moyen de régulation étatique n'est prévu** pour ces cas de sous-enchère
- De plus, en l'absence de situation illégale, **la personne concernée ne dispose pas de moyens d'action**
- Une régulation indirecte du marché reste possible par la mobilité du travailleur qui est libre de changer d'entreprise pour mieux valoriser son profil



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

2) *Cas de sous-enchère abusive non répétée*

- Si le salaire obtenu par une personne occupée au sein d'une entreprise particulière présente un écart significatif avec l'usage, cela ne crée pas pour autant un risque pour le marché travail, compte tenu du **caractère isolé du phénomène**
- Dès lors, **aucun moyen de régulation étatique n'est prévu** dans ce cas de figure
- Toutefois, lorsque la sous-enchère est considérée comme abusive en raison d'une **situation illégale** (infractions à la LEg, à l'OLE, à une CCT, à un CTT, etc.), le rétablissement d'une situation conforme au droit est possible par voie d'action individuelle, notamment prud'homale)



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

3) *Cas de sous-enchère abusive et répétée*

- Lorsque la sous-enchère abusive n'est plus un phénomène isolé, mais au contraire **répétée au sein d'une ou de plusieurs entreprises**, nous sommes en présence d'une pratique susceptible d'exercer une **influence négative sur le marché du travail**
- Dès lors une **intervention de la commission tripartite est possible**
- Toutefois, en vertu du principe de **proportionnalité**, l'intervention ne peut déboucher sur une **réglementation impérative** des salaires que dans l'éventualité où le dysfonctionnement observé est de nature **à provoquer une baisse des salaires sur le marché de référence**, à savoir dans la localité, la branche ou la profession



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

- Il convient de préciser que l'application des nouvelles dispositions n'exige pas que **le risque soit déjà réalisé**
- En effet, conformément au **but préventif** des mesures d'accompagnement, il suffit d'établir que **ladite baisse est vraisemblable**
- L'existence d'un tel risque s'examine en regard de la dynamique du marché
- Ainsi, une pratique salariale procurant un avantage concurrentiel substantiel à ceux qui l'exercent est de nature à se propager si aucune mesure n'est adoptée
- En effet, les autres entreprises actives sur le marché en cause vont imiter cette pratique afin de pouvoir conserver leur compétitivité



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

- **Le potentiel de propagation** d'une pratique suspecte est déterminant pour l'application d'une mesure d'accompagnement. En effet, ce n'est que dans l'hypothèse d'une réaction en chaîne que la pratique suspecte est à même de contaminer le marché de référence
- Le potentiel de propagation dépend de variables telle que, notamment, **l'importance de la sous-enchère observée**, le **nombre de travailleurs touchés**, la **taille et le nombre d'entreprises** impliquées
- Ainsi, une pratique exercée au sein de plusieurs entreprises a un potentiel de propagation plus élevé qu'une pratique suivie par une seule entreprise
- Il en va de même si l'entreprise occupe une **position dominante** sur le marché du travail où elle recrute son personnel (cas du monopsonne)



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

- Dans cette hypothèse, quand bien même la pratique n'est exercée que par **une seule entreprise, mais à l'encontre d'une partie significative de son personnel**, il convient de prévoir une réglementation impérative des salaires pour éviter une contagion du marché de référence
- Vu la quantité des facteurs susceptibles d'influencer l'impact d'une pratique sur le marché, le nombre de combinaisons possibles et la complexité des interactions économiques, il est impossible de définir de manière abstraite et exhaustive, les états de faits susceptibles d'exercer une pression sur les salaires
- La **liberté d'appréciation qui a été accordée à la commission tripartite**, prend ici tout son sens



3. Etat de faits, effets sur le marché du travail et moyens de régulation

- Confrontée à un cas de sous-enchère abusive et répétée, les commissions tripartites devront toujours tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce pour déterminer si le dysfonctionnement en cause crée **un risque pour l'ensemble du marché de référence**
- Si tel est le cas, elle devra prendre les mesures nécessaires
- Il convient ici de préciser que la réglementation impérative des salaires est adoptée à titre provisoire; elle est limitée dans le temps, ainsi que le prévoit expressément l'article 360a CO
- Lorsque le marché du travail a été « stabilisé » et qu'une situation normale a été rétablie dans la localité, la branche ou la profession concernée, le principe d'autorégulation du marché reprend tous ses droits