

# Quelques éléments d'application de l'initiative «1:12 – pour des salaires équitables»

*Jean Christophe Schwaab*

Le message du conseil fédéral recommandant le rejet de l'initiative «1:12 – pour des salaires équitables» (ci-après: l'initiative) met notamment en avant des problèmes d'applicabilité pour justifier le refus du Conseil fédéral de recommander au peuple et aux cantons d'accepter l'initiative<sup>1</sup>. La présente contribution a pour objectif de démontrer qu'au contraire, l'initiative est parfaitement applicable, en particulier en s'inspirant d'instruments existants ayant fait leurs preuves.

## **Instruments d'exécution de l'initiative**

Le contrôle des salaires est un instrument certes relativement récent en droit suisse, mais il n'en est pas moins bien établi en pratique. Il existe différents mécanismes visant à veiller au respect de divers principes légaux, voire constitutionnels. On pense notamment au respect du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs originaires d'un Etat-membre de l'UE (fondé sur l'ALCP), au respect des salaires usuels et à l'interdiction de la sous-enchère (art. 360a ss. CO), ou à l'égalité entre femmes et hommes (art. 8 Cst.).

Le message de l'initiative énumère diverses mesures destinées à exercer un certain contrôle de l'Etat sur les salaires dans les entreprises qu'il détient ou contrôle, qui présentent un certain risque financier ou carrément un risque systémique («*too big to fail*»)<sup>2</sup>. L'existence même de ces instruments montrent qu'en pratique, le contrôle salariale des rémunérations élevées est tout à fait possible.

## **Publication des salaires**

Une première mesure pour vérifier que l'initiative est bel et bien appliquée et d'obliger les entreprises qui lui sont sou-

mises à rendre public leurs salaires et leurs systèmes salariaux. La publication des salaires (individuels) sert à vérifier que l'entreprise respecte les règles dans les faits et celle des systèmes salariaux (grilles ou échelles de salaires) permet un contrôle abstrait: l'entreprise doit démontrer qu'elle n'a pas de politique salariale qui serait en mesure de dépasser les limites. Le nouvel art. 10a LB, qui permet au conseil fédéral d'édicter des mesures contraignantes en matière de rémunérations de banques à risque systémique, porte d'ailleurs tant sur les rémunérations individuelles déjà convenues que sur les systèmes salariaux.<sup>3</sup>

D'ailleurs, selon les initiants, la transparence des salaires est aussi un des objectifs intrinsèques de l'initiative et elle doit permettre d'atteindre d'autres objectifs, en particulier l'égalité salariale entre femmes et hommes.<sup>4</sup>

Communiquer son salaire est parfois considéré comme une atteinte à la sphère privée des salariés dont le salaire est publié et de celle de l'entreprise qui doit publier des données sensibles. De nombreux employeurs interdisent donc à leurs salariés de parler de leur salaire, que ce soit à des collègues ou à des tiers. En droit, rien ne s'oppose cependant à ce que les salariés communiquent ouvertement le montant de leur salaire de leur plein gré, ce qui peut être en particulier utile pour comparer les salaires en vue de déceler de la sous-enchère, des inégalités femmes-hommes ou pour formuler des revendications syndicales. Communiquer son salaire fait donc partie des droits de protection de la personnalité des travailleurs et les accords l'interdisant sont nuls.<sup>5</sup>

En revanche, la communication générale de tous les salaires sans accord explicite des salariés concernés peut constituer une atteinte à la sphère privée, tant des salariés que de l'entreprise, car celle-ci dévoile une information qui peut, par exemple, intéresser ses concurrents. Cette atteinte à la sphère privée serait cependant amplement justifiée par la poursuite d'un objectif constitutionnel, si l'initiative est acceptée par le peuple et les cantons.

L'obligation de publication des salaires fait d'ailleurs son chemin en droit des sociétés: tant l'initiative «Minder» con-

tre les rémunérations abusives que le contre-projet indirect prévoient une obligation de publier les salaires des dirigeants d'entreprise, en tout cas les montants globaux. La publication de salaires individuels par des organisations externes à l'entreprise (syndicats, organisations d'actionnaires) est aussi une tendance qui prend de l'ampleur.

Il n'est pas indispensable que les salaires publiés soient accessibles à large échelle. Il serait tout à fait envisageable qu'ils ne soient consultables que par les organes de contrôle (voir ci-après) ou par des personnes faisant valoir un intérêt digne de protection (p. ex. un soupçon fondé de non-respect de l'art. 110a P-Cst.<sup>6</sup>, de l'art. 8 Cst. ou des règles de lutte contre la sous-enchère). Il serait ainsi aisé d'en interdire l'accès à un concurrent souhaitant débaucher de manière ciblée et qui ne poursuit pas d'intérêt digne de protection.

Il serait aussi envisageable de n'obliger que la publication du salaire le plus bas et du salaire le plus élevé, ce qui permettrait de respecter la sphère privée de la totalité (moins deux!) des salariés. Cette solution a cependant le défaut de ne pas donner de garantie absolue que les deux salaires publiés soient réellement le plus haut et le plus bas et elle rendrait des contrôles plus pointus nécessaires.

Afin de faciliter les contrôles des personnes qui touchent plusieurs types de rémunérations d'une même entreprise (p. ex. un salaire, des tantièmes, des honoraires pour un mandat supplémentaire, des actions gratuites, etc.), il conviendra d'obliger les entreprises à remettre à chaque personne qu'elles rémunèrent une information écrite sur le modèle de l'art. 330b CO comportant la totalité des rémunérations reçues. L'art. 330b CO a en effet pour objectif tant de permettre aux travailleurs de vérifier qu'ils sont correctement rémunérés que de faciliter les contrôles de la part des commissions tripartites<sup>7</sup>.

### **Contrôle par des organes étatiques, des assurances sociales ou des commissions tripartites**

Le contrôle des salaires par des organes de contrôle étatiques (p. ex. fiscales ou la FINMA en ce qui concerne les

entreprises financières présentant un risque systémique), des assurances sociales ou des commissions tripartites (Etat, syndicats, employeurs; art. 360b CO) est chose courante. Ces organes de contrôle peuvent avoir accès à toutes les informations utiles concernant le versement des salaires et les employeurs doivent leur donner libre accès à leurs locaux et autres lieux de travail afin qu'elle mènent leurs investigations (cf. p. ex. art. 360b al. 5 CO, 7 al. 4 LDét, 28 LPGa). En cas d'absence de documents ou de documents incomplets, le fardeau de la preuve doit être inversé et c'est à l'entreprise qu'il revient de prouver que ses rémunérations individuelles et ses systèmes de rémunérations respectent les règles.

Ces contrôles concernent aussi les autres rémunérations que les salaires, car ces organes de contrôles sont souvent amenés à déterminer si les personnes contrôlées sont ou devrait être au bénéfice d'un contrat de travail ou sont indépendantes (mandat ou contrat d'entreprise). Cette distinction a en effet une influence tant sur le respect des conditions salariales usuelles de la branche ou de la région (cf. p. ex. art. 2 LDét) que du paiement des cotisations sociales ou des impôts.

L'instauration d'organes de contrôle spécifiques est également proposée en matière d'égalité salariale entre femmes et hommes<sup>8</sup>, mais ces propositions n'ont pour l'instant pas été concrétisées.

Les commissions tripartites semblent être les plus appropriées pour mettre en œuvre l'initiative. En effet, leur tâche principale est de contrôler le niveau et les montants des salaires et des autres rémunérations et, surtout, de les comparer à d'autres salaires. Il conviendra cependant de renforcer nettement les moyens à leur disposition, étant donné que leurs tâches actuelles les poussent à s'intéresser uniquement aux salaires les plus bas et non aux salaires des dirigeants, qui présentent moins de risque de sous-enchère et qui, pour l'instant ne doivent respecter aucune norme impérative. Etant donné que les entreprises peuvent voir plusieurs sites sis dans plusieurs cantons, il conviendra cependant de met-

tre sur pied une coordination nationale des contrôles, car les commissions tripartites en charge des contrôles sur le terrain sont les commissions cantonales.

Les autorités fiscales ont en revanche pour vocation de ne contrôler les salaires que de manière individuelle et, au sein d'une même entreprise, il est courant que les différentes catégories de personnes qu'elle rémunère soient contrôlées par plusieurs autorités différentes, notamment en fonction de leur lieu de domicile ou de la complexité de leur « dossier ». Cette dispersion rend les comparaisons beaucoup plus difficiles. Un contrôle centralisé au sein d'une même autorité fiscale de toutes les personnes rémunérées par une même entreprise serait également ardu à mettre en place, notamment si ces personnes sont domiciliées dans plusieurs cantons différents. Enfin, un contrôle salarial par les autorités fiscales serait quasiment impossible à mettre en place pour les salariés qui ne résident pas en Suisse, par exemples les frontaliers.

Quant aux assurances sociales, elles ne contrôlent pas non plus la totalité des rémunérations distribuées par une même entreprise, car les personnes qui ont une activité accessoire indépendante doivent déclarer elles-mêmes ces revenus.

Le droit de contrôle ne doit cependant pas être exclusivement attribué à un organe. Si un autre organe de surveillance (p. ex. la FINMA pour les établissements financiers) a des attributions légales de contrôle des salaires ou des systèmes salariaux (comme la directive de la FINMA 10/1 « systèmes de rémunération » du 21 octobre 2009), ils doivent avoir la possibilité, si ce n'est l'obligation, d'intervenir lorsqu'ils constatent que les limites fixées par l'initiative ne sont pas respectées.

### **Contrôle par des organisations représentatives**

En matière de Loi sur l'égalité, « les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travail-

leurs ont qualité pour agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail» (art. 7 al. 1 LEg). Cette disposition, qui permet de révéler des atteintes à l'égalité de grande ampleur, est particulièrement appropriée pour exercer un contrôle à grande échelle. Elle permet aussi aux organisations, qui ne risquent pas de mesures de rétorsion telle que des congé-représailles, de dénoncer des abus importants, alors que les travailleurs concernés n'osent pas le faire ou n'en voient pas l'intérêt en raison de l'absence de dommage personnel. Or, un non-respect de l'initiative ne cause pas forcément de dommage direct aux salariés de l'entreprise (notamment ceux qui ont un salaire abusif), ni à ses actionnaires (qui, selon l'avis qu'il se font de la conduite des affaires de l'entreprise, peuvent fort bien approuver des salaires démesurés), mais est plutôt dommageable à l'entreprise dans son ensemble, à ses travailleurs dans leur ensemble (voir infra III.2.), et, d'une manière générale, à l'ensemble de la société, les collectivités publiques étant de plus en plus souvent amenée à réparer les dégâts causés par des politiques salariales encourageant la prise de risques exagérés (on pense p. ex. à UBS). Il est donc légitime que les organisations qui souhaitent lutter contre les abus salariaux et défendre les intérêts des salariés en général puissent œuvrer à son application concrète.

La mise en oeuvre de l'initiative doit donc prévoir un droit d'action pour les organisations représentatives qui se sont donnés pour objectifs statutaires de défendre les intérêts des salariés (les syndicats) ou de promouvoir la gestion responsable des entreprises, p. ex. les fonds d'investissements responsable comme Ethos. Ce droit d'action ne devrait cependant pas se limiter à une action en constatation comme c'est le cas dans la LEg, mais devrait aussi permettre à l'organisation plaignante d'exiger le mise en conformité des salaires individuels ou des systèmes salariaux concernés ainsi que la réparation des éventuels dommages causés à la société ou à ses salariés.

**Droit à une expertise / allègement du fardeau de la preuve**  
A l'instar de ce que la doctrine admet en matière de LEg il doit exister un droit des parties (salariés, organisations) à une expertise des salaires et de la structure salariale de l'entreprise<sup>9</sup>.

Il convient en outre d'alléger le fardeau de la preuve pour les salariés, les actionnaires et les organisations qui rendent vraisemblable l'existence d'une rémunération contraire à l'échelle 1-12 (cf. art. 6 LEg).

### **Whistleblower**

En matière de criminalité économique, les lanceurs d'alerte (ou «*whistleblowers*») jouent un rôle de plus en plus important lorsqu'il s'agit de dénoncer des pratiques illégales internes à une entreprise. Malheureusement, leur protection est notoirement déficiente en Suisse. La mise en œuvre de l'initiative devra donc être l'occasion de renforcer de manière conséquente la protection contre le licenciement abusif des lanceurs d'alerte.

Cette protection doit s'étendre aux salariés d'autres entreprises (p. ex. réviseurs) ou administrations publiques (p. ex. autorités fiscales) qui, grâce à leur activité, découvrent des pratiques salariales contraires aux règles de l'initiative.

### **Sanctions en cas de non-respect des règles de mise en œuvre de l'initiative**

Les rémunérations trop élevées ne font pas partie, d'un point de vue fiscal, des charges justifiées par l'usage commercial.

Le contre-projet direct à l'initiative «Minder» contre les rémunérations abusives, finalement rejeté par le Conseil national, prévoyait que, «dans les sociétés, chaque part de rémunération versée aux membres du conseil d'administration, de la direction, du conseil consultatif ou aux travailleurs qui dépasse trois millions de francs par bénéficiaire et personnes qui lui sont proches, par exercice annuel ne font pas partie, d'un point de vue fiscal, des charges justifiées par l'usage commercial» (art. 127 al. 2bis P-Cst.<sup>10</sup>). Cet-

te proposition pourrait être facilement adaptée pour mettre en œuvre l'initiative: il suffirait de l'introduire dans les dispositions topiques du droit fiscal (en particulier: LIFD, LHID) en remplaçant «trois millions de francs» par «un montant plus de douze fois supérieur à la rémunération pour une activité à temps complet la plus basse versée par [l'entreprise]». Cette proposition aurait cependant le défaut de ne pas empêcher l'entreprise qui le souhaite de continuer à verser des salaires plus de douze fois supérieurs au salaire le plus bas, à condition d'en payer le «prix» fiscal. Elle ne donnerait en outre aucun droit de revalorisation salariale aux salariés qui ont les salaires les plus bas. Verser des salaires abusifs resterait donc légal, ce qui ne serait pas conforme aux objectifs de l'initiative.

### **Restitution de prestations**

L'art. 678 CO prévoit que, pour les société anonyme, (al. 1) «les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution. (al. 2) Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société». Tant la société anonyme que les actionnaires peuvent intenter action en restitution (al. 3).

Les salaires abusifs sont souvent considérés comme une distribution cachée de bénéfice<sup>11</sup>. Pour mettre l'initiative en œuvre, l'art. 678 CO pourrait être complété afin d'en étendre la portée aux personnes rémunérées par la société qui touchent une rémunération plus de douze fois supérieure au salaire le plus bas. Une disposition similaire pourrait être introduite pour les autres types de personnes morales.

Il conviendrait en outre de donner aux salariés de l'entreprise un droit d'action analogue à celui des actionnaires (restitution à la société, art. 678 al. 3 CO). En effet, les intérêts économiques des salariés sont potentiellement lésés par une entreprise qui verse des salaires abusifs. En



effet, ces politiques salariales font souvent courir de grands risques aux entreprises, car ils encouragent la prise de risque ou la rentabilité à court terme. Dans un cas comme dans l'autre, ce sont les salariés qui en font les frais, car ces pratiques entraînent souvent des suppressions d'emplois et une redistribution inéquitable des gains de productivité.

### **Droit des salariés à un salaire d'au minimum un douzième de la rémunération la plus élevée**

Une mesure efficace de mettre en œuvre l'initiative serait d'introduire un droit pour les salariés de voir leur salaire revalorisé jusqu'à qu'il soit au minimum un douzième de la rémunération la plus élevée. Elle pourrait prendre la forme d'une modification de l'art. 322 CO (nouvel al. 1bis, relativement impératif): «Pour une activité à temps complet, le travailleur a droit à un salaire qui correspond au minimum au douzième de la rémunération la plus élevée de l'entreprise».

Cette mesure aurait certainement un fort effet incitatif sur les entreprises, car, si une entreprise persistait à ne pas respecter les limites de l'initiative (et se contenterait, par exemple, de payer le «prix» fiscal, cf. supra III.1.), les sommes dues à tous les salariés dont les salaires sont inférieurs à un douzième de la rémunération la plus élevée seraient à n'en pas douter colossales. A titre d'exemple, chaque salarié de Novartis aurait droit à un salaire annuel d'au minimum 1,6 millions de francs!

La base légale d'une action des salariés pourrait être rédigée de la même manière que l'art. 5 al. 1 lit. d LEg (action en paiement du salaire dû).

### **La notion d'«entreprise»**

Le Message du Conseil fédéral avance des difficultés de mise en œuvre en insistant sur la notion «d'entreprise», qui ne serait pas claire<sup>12</sup>.

La notion d'entreprise tel qu'utilisée par l'initiative couvre non seulement les entreprises privées ou publiques au sens du droit des sociétés, mais aussi les groupes d'entreprises

(holdings) ainsi que les associations et fondations<sup>13</sup>. La mise en œuvre de l'initiative ne saurait donc se restreindre aux notions existantes d'employeur (p. ex. selon la LEg) ou d'entreprise (p. ex. selon les règles du licenciement collectif<sup>14</sup>). La notion d'entreprise utilisée par l'initiative va aussi au-delà de la simple personne morale: un groupe d'entreprise peut être considéré comme une seule entité qui doit appliquer une seule échelle de 1 à 12 s'il s'agit, dans les faits, d'une seule entité structurée qui poursuit le même objectif économique, même s'il s'agit de personnes juridiques différentes.

Même si la LEg ne s'applique qu'aux contrats individuels de travail, la doctrine et la jurisprudence y relative permettent d'esquisser un piste qui pourrait s'appliquer à la mise en œuvre de l'initiative, en particulier en ce qui concerne les groupes d'entreprise. Ainsi, s'il ne faut en principe comparer les salaires que d'un employeur à la fois<sup>15</sup>, une comparaison possible au sein d'un groupe d'entreprises<sup>16</sup>. Il serait donc tout à fait possible d'appliquer les principes de l'initiative à la totalité d'un groupe d'entreprises. La législation d'exécution devrait donc prévoir à quelles conditions un groupe d'entreprise est considéré comme une seule et même entreprise devant respecter une seule échelle de 1 à 12, le critère décisif étant l'autonomie entrepreneuriale des filiales. Si les filiales n'ont aucune autonomie stratégique, elles ne sauraient être considérées comme des entreprises distinctes. Ce sera notamment le cas si les différentes parties du groupe ne sont en réalité au service que d'une ou plusieurs mêmes activités de fourniture de biens ou services et oeuvrent de concert sous l'égide d'une seule et même direction. Ce sera aussi le cas lorsque les filiales d'une société-mère n'ont pas ou peu de marge de manœuvre propre et ne font qu'exécuter les ordres venus d'en-haut, sans avoir les moyens de mener une stratégie propre, en particulier en matière de politique salariale.

Il en va de même lorsqu'on a affaire à une entreprise sous-traitante, qui a certes une personnalité juridique et une raison sociale distinctes, mais qui ne fait qu'exécuter

sur une longue durée une tâche particulière pour le compte d'une seule et même entreprise mandante (p. ex. nettoyage, restaurant d'entreprise, *freelancer* ou consultants travaillant à 100% pour un seul mandataire) et n'a, de ce fait, pratiquement aucune autonomie entrepreneuriale. Cela pourrait même s'appliquer à une partie d'une entreprise sous-traitante, par exemple si elle affecte toujours le même personnel aux mêmes tâches au service de l'entreprise mandante. Dans ce cas, cette part du personnel doit être considéré comme faisant partie du personnel de l'entreprise mandante (voir aussi infra VI.2 à propos de la sous-traitance).

## **La notion de «rémunération»**

### **Salaires au titre d'un contrat individuel de travail**

Par rémunération, l'initiative comprend non seulement le salaire d'un contrat individuel de travail au sens strict, mais aussi toute rémunération versée en l'échange d'une prestation de travail en faveur de l'entreprise. Les initiants insistent sur la notion de salaire et ne visent une application de l'initiative qu'aux seuls salariés, sans toutefois exclure son application à des rémunérations basées sur d'autres relations contractuelles (p. ex. mandat).

Le Message prétend que cette notion manque de clarté et tente de semer le doute en invoquant d'autres formes de contrat, comme le contrat d'entreprise<sup>17</sup>. Cet avis ne recoupe cependant pas celui des initiants.

La limite salariale maximale qu'introduirait l'initiative ne serait pas une première dans la législation suisse. En effet, le législateur a, dans le cadre des règles concernant les banques qui présentent un risque systémique, prévu la possibilité limiter les rémunérations des instituts financiers qui se voit accorder une aide étatique (art. 10a LB). Ces dernières mesures semblent cependant se limiter aux seuls salaires<sup>18</sup>.

Pour déterminer le montant d'un salaire, il convient, comme dans le cadre de la LEg, d'utiliser non pas le salaire au sens étroit, mais la totalité de la rémunération four-

nie en échange d'une prestation de travail et qui se trouve dans un rapport de connexité avec l'exécution du travail, à savoir les composantes sociales du salaire (p. ex. allocations familiales, paiement du salaire en cas d'incapacité de gain, contribution unique ou récurrente à la prévoyance professionnelle), les gratifications et autres bonus, les plans d'intéressement («stock-options») ainsi que tous les avantages en nature<sup>19</sup>. Ces règles s'appliquent par analogie aux rémunérations versées sur la base d'autres relations contractuelles concernées par l'application d'une échelle de 1 à 12.

### **Rémunérations fondées sur d'autres relations contractuelles**

Les rémunérations perçues sur la base d'autres relations contractuelles doivent toutefois être prise en compte dans le calcul de la rémunération totale devant respecter les limites de l'initiative s'il s'agit de la rémunération de prestations habituellement fournies dans le cadre d'un contrat de travail, ou si elle est versée sur une autre base contractuelle dans le but d'éviter l'application de l'initiative.

Quant aux faux indépendants, c'est-à-dire les collaborateurs qui fournissent une prestation de travail et sont dans une situation de dépendance par rapport à leur «mandant», même si la base contractuelle n'est pas un contrat de travail au sens des art. 319ss CO, ils doivent, comme c'est le cas en droit du travail et des assurances sociales, être considérés comme des salariés.

En ce qui concerne les propriétaires d'entreprise, ils ne sont pas concernés tant qu'ils ne font que s'attribuer une part du bénéfice de leur entreprise et non se verser un salaire.

### **Temps partiel**

Le Message avance des difficultés d'application au niveau des activités à temps partiel ou reposant sur des bases contractuelles multiples<sup>20</sup>. Toutes les formes de rémunération peuvent être sans problèmes ramenées à une rémunération

mensuelle, ou à une fraction de celle-ci. Il suffit pour cela de déterminer quel temps est nécessaire pour accomplir l'activité en question et de le comparer à la durée moyenne du travail des salaires les plus bas de l'entreprise. Ainsi, il est possible de déterminer si des activités à temps partiel ou des activités qui reposent sur plusieurs bases contractuelles remplissent les exigences de l'initiative.

## **Mesures pour éviter délocalisation et sous-traitance**

### **Délocalisations**

Un des moyens que les entreprises pourraient choisir pour éviter d'appliquer les règles de l'initiative est de délocaliser tout ou partie de ses activités, en particulier celles qui génèrent les rémunérations les plus élevées, afin que ces rémunérations échappent au principe 1 à 12, qui ne s'appliquerait alors qu'aux rémunérations des activités maintenues en Suisse<sup>21</sup>.

Il est difficile d'empêcher la délocalisation d'une entreprise, que ce soit de son siège ou de ses activités productrices. Le libre choix du lieu des activités économiques est en effet protégé par la liberté économique (art. 27 Cst.)<sup>22</sup>.

Même si on devait considérer la limitation des salaires abusifs comme une entrave étatique non conforme au principe du libre marché<sup>23</sup> (voir ci-après), l'art. 110a P-Cst. pourrait être considéré comme une base constitutionnelle assez précise pour justifier une telle entrave, étant donné qu'il n'est d'une part pas nécessaire que ladite base soit explicite<sup>24</sup> et qu'il est d'autre part évident qu'une mise en œuvre des principes de l'initiative exigent de limiter le jeu de l'offre et de la demande.

A notre avis, si elle limite le «libre marché» des (hauts) salaires, l'initiative n'a qu'un impact relativement restreint sur l'offre et la demande en matière de rémunération, car elle ne fait que limiter le montant maximum d'une minorité de rémunérations très élevées. En outre, elle poursuit principalement un objectif de politique sociale<sup>25</sup>. Elle ne doit donc pas être considérée comme une entrave à la liberté économique selon l'art. 94 al. 4 Cst., mais comme une sim-

ple limitation de l'art. 27 Cst., laquelle ne nécessite que de remplir les conditions de l'art. 36 Cst. (ce qu'une législation d'exécution remplirait)<sup>26</sup>.

Parmi les mesures pour empêcher la délocalisation, on trouve par exemple une taxation spécifique des entreprises qui délocalisent ou la nullité de la décision de procéder à un licenciement collectif. Il risque cependant d'être difficile de trouver des majorités politiques pour mettre en œuvre de telles mesures<sup>27</sup>.

Ces sanctions risquent en outre d'être difficiles à faire respecter et ne peuvent guère empêcher une entreprise d'installer son siège (et donc ses rémunérations les plus élevées) dans un autre pays d'où elle dirige les activités déployées en Suisse. En effet, il y a fort à parier que les salariés bénéficiant des rémunérations les plus élevées seront d'accord de changer de lieu de travail de leur plein gré, à plus forte raison s'il s'agit de cadres ayant l'habitude d'être «expatriés».

Il est en revanche possible de définir qu'à partir d'un certain taux d'activité déployé en Suisse par un salarié de l'entreprise, l'initiative s'applique, et ce indépendamment du droit qui régit le contrat individuel qui les lie (les expatriés – art. 1 OExpa – ou les travailleurs détachés – art. 1 LDét – bénéficient en général d'un contrat de travail individuel de droit étranger). Dès lors, l'entreprise qui ne respecte pas la limite 1 à 12 pour ses salariés déployant une part substantielle de leur activité en Suisse doit être soumise aux sanctions.

Si l'entreprise ne fait que délocaliser sa direction (donc, en règle générale, ses salaires les plus élevés) dans un autre pays, il va de soi que son activité économique réelle aurait lieu en Suisse et qu'on ne saurait parler, à propos de la direction délocalisée, d'entreprise indépendante pouvant appliquer sa propre échelle de 1 à 12.

Malheureusement, cette règle ne permettra pas d'interdire dans les faits le versement de salaires incompatibles avec l'initiative. Elle ne pourrait qu'ouvrir la porte à des sanctions contre les entreprises contrevenantes... ou à un dro-

it des salariés à voir leur rémunération revalorisée jusqu'à atteindre au minimum un douzième de la plus élevée (cf. supra III.3.).

Si l'entreprise a reçu une aide quelconque de l'Etat (subvention, allègement fiscal), il devrait être possible d'en ordonner le remboursement a posteriori<sup>28</sup>. Cette mesure n'a toutefois guère d'effet dissuasif pour les entreprises qui ne comptent que peu sur ces aides ou si le remboursement survient à un moment où l'entreprise fait des bénéfices sans commune mesure avec les aides reçues, qui sont en général des aides à la création ou à l'installation. Elle n'a en outre aucun impact sur les entreprises qui n'ont pas bénéficié d'aide.

### **Sous-traitance**

Les entreprises qui souhaitent maintenir des politiques salariales abusives pourraient sous-traiter certaines de leurs activités à bas salaires, dans le but de modifier la structure salariale vers le haut. Le sous-traitant devenant une entreprise «indépendante», la règle de 1 à 12 ne s'appliquerait qu'à lui et ses bas salaires n'auraient plus pour effet de tirer vers le bas les hauts salaires de l'entreprises principale.

La doctrine en matière de LEG donne des pistes pour éviter que les entreprises ne se scissionnent ou sous-traitent de manière abusive afin de confiner les bas salaires dans une entreprise distincte d'une ou plusieurs autres entreprises dont les salariés n'ont que des hauts salaires, ce qui permettrait d'appliquer à chaque fois un rapport de 1 à 12. La catégorisation du personnel peut en effet être discriminatoire selon la LEG: Si différents statuts ou catégories de personnel sont admis pour justifier des différences salariales, la spécification doit être justifiée par des raisons objectives<sup>29</sup>. En conséquence, une entreprise qui se séparerait en plusieurs entités dans le seul objectif d'échapper à la rigueur de l'initiative commettrait un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) et les nombreuses entreprises ainsi constituées devraient être considéré comme une seule et même entreprise. Il faut par ailleurs relever que les règles en matière de rémunération

pour les établissements financiers d'importance systémique bénéficiant d'une aide publique s'appliquent aussi aux sociétés-mères de ces établissements<sup>30</sup>.

Une autre piste serait d'appliquer par analogie les règles visant à éviter la fausse indépendance des salariés. Ainsi, une «entreprise» qui n'a pas d'image ou de stratégie publicitaire propre ou qui n'a pour unique «cliente» qu'une centrale donnant toutes les impulsions stratégiques ne saurait être considérée comme une entreprise indépendante devant appliquer sa propre échelle de 1 à 12, mais doit plutôt être considérée comme une partie de l'entreprise principale appliquant une seule échelle de 1 à 12.

### **Conclusion**

Quoi qu'en dise le Conseil fédéral, l'initiative 1:12 sera beaucoup plus facile à mettre en oeuvre qu'on ne le pense. La législation d'exécution pourra s'appuyer sur les exemples de nombreux instruments de contrôle des salaires existants. Il faudra cependant veiller à ce que les organes de contrôles bénéficient de suffisamment de moyen pour mener à bien une tâche qui s'annonce importante. Il faudra en outre faire en sorte que ceux qui sont souvent le mieux à même de découvrir et de dénoncer les irrégularités commises à l'intérieur des entreprises, soit les salariés eux-mêmes, reçoivent une protection adéquate afin que les abus puissent être efficacement combattus.



## **Abbréviations:**

ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CER-N	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national
BO	Bulletin officiel (N: du Conseil national; E: du Conseil des Etats)
CC	Code Civil
CO	Code des obligations
Cst.	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale
LB	Loi sur les banques et les caisses d'épargne
LDét	Loi sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés (loi sur les travailleurs détachés)
LEg	Loi sur l'égalité entre femmes et hommes
LIFD	Loi sur l'impôt fédéral direct
LHID	Loi sur l'harmonisation des impôts directs
LPGA	Loi sur la partie générale des assurances sociales
OExpa	Ordonnance relative aux déductions, en matière d'impôt fédéral direct, de frais professionnels des employés occupant une fonction dirigeante et des spécialistes qui exercent en Suisse une activité limitée dans le temps (Ordonnance concernant les expatriés)

## **Literature**

- Aubert, Gabriel et Lempen, Karine (2011): Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité. Genève.
- Brunner, Christiane, Bühler, Jean-Michel, Waeber, Jean-Bernard und Bruchez, Christian (2004): Commentaire du contrat de travail. Lausanne. 4. Aufl.
- JUSO Schweiz (2009): Argumentarium zur 1:12-Initiative der Juso Schweiz. Bern.
- Kaufmann, Claudia und Steiger-Sackmann, Sabine (2009): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz. Basel.
- Lepori-Tavoli, Luisa (2009): Mindestlöhne im schweizerischen Recht. In: Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Bd. 69. Zürich/ Bern.
- Müller, Jörg Paul (1999): Grundrechte in der Schweiz. Bern. 3. Aufl.
- Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB (2011): Mindestlöhne, Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlöhne. Bern.

SECO (2008): Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Bern.

Schweizerische Bundesverwaltung

Botschaft «too big to fail» 2.1.6.1

Botschaft «zur Änderung des Bankengesetzes» BBl 2011

Botschaft zur Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne» BBl 2012 637

Botschaft 4.1.2.1 – 4.2.3.2

Botschaft 5.5.2

Interpellation 04.3470

Parlamentarische Initiative 11.445

Parlamentarische Initiative 10.443

Parlamentarische Initiative 05.406

Volksinitiative «Gegen die Abzockerei» 08.080

## Annotations

1 Message du 18 janvier 2012, FF 2012 503, ci-après: Message

2 Message, 4.1.2.2 – 4.1.3.2, p. 517ss.

3 Message concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail) du 20 avril 2011, FF 2011 4365, 4412. Ci-après: Message *too big to fail*.

4 Argumentaire de la JS Suisse en faveur de l'initiative 1:12, 30 octobre 2009, p. 19

5 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 4ème édition, Lausanne 2004, N 12 à l'art. 328

6 Que prévoit d'introduire l'initiative.

7 SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, Bern 2008, p. 58s.

8 Initiative parlementaire du groupe socialiste 11.445

9 Freivogel dans Kaufmann/Steiger-Sackmann (éd.), Kommentar zu Gleichstellungsgesetz, Bâle 2009, p. 89s. Aubry Girardin dans Aubertz/Lempen (éd.), commentaire de la loi fédéral sur l'égalité, Genève 2011, p. 88.

10 Objet parlementaire 08.080/10.443, rejeté en vote final par le Conseil national le 15.06.2012

11 BO 2012 N 231ss., prises de parole Leutenegger-Oberholzer, Vogler et Schwaab

12 Message, 5.5.2, p. 525

13 Argumentaire de la JS Suisse en faveur de l'initiative 1:12, 30 octobre 2009, p. 4

14 Qui se traduit en Allemand non pas par «Unternehmen» comme dans le texte de l'initiative, mais par «Betrieb», cf. art. 335d al. 1 CO.

- 15 ATF 130 III 145 C. 3.2.1 in fine
- 16 Lempen dans Aubert/Lempen, (éd.), commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, p. 39
- 17 Message, 5.5.2, p. 525
- 18 Message *too big to fail*, 2.1.6, p. 4412s.
- 19 Aubry Girardin dans Aubert/Lempen p. 77s.
- 20 Message, 5.5.2, p. 525
- 21 Cf. avis du Conseil fédéral in Message, 5.1, p. 522s.
- 22 ATF 119 Ia 374
- 23 D'une manière générale, les entraves étatiques à la liberté économiques qui visent à influencer les mécanismes du marché en supprimant le jeu de l'offre et de la demande ne sont possibles que si elles reposent sur une base constitutionnelle (art. 94 al. 4 Cst.). Les autres limitations de la liberté économique sont possibles selon les règles habituelles de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public respect du principe de la proportionnalité).
- 24 Cf. p. ex. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 1999, p. 660 à propos de l'énergie nucléaire et de l'art. 90 Cst.
- 25 Même avis concernant les salaires minimaux : LEPORI TAVOLI, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Thèse Zurich, Berne 2009, p. 147s.
- 26 USS-SGB (éd.), Mindestlöhne, Situation und Handlungsbedarf, Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlöhne, Berne 2011, p. 92ss, parvient p. ex. à la conclusion convaincante que l'introduction d'un salaire minimum légal ne nécessite aucune base constitutionnelle particulière. Or, le salaire minimum serait une limite (inférieure) au jeu de l'offre et de la demande (salariale) analogue à une limite (supérieure) telle que préconisée par l'initiative 1:12.
- 27 Initiative parlementaire 05.406 Zisyadis et rapport de la CER-N du 26.06.2006
- 28 Cf. interpellation 04.3470 Rennwald et initiative parlementaire 05.406 Zisyadis
- 29 Wyler dans Aubert/Lempen, p.157
- 30 Message *too big to fail*, 2.1.6.1, p. 4412