

LOHNZAHLUNGEN IN EURO

Bern, 5. September 2011

Jean Christophe Schwaab, Zentralsekretär, Dr. iur., 078 690 3509

Lohnzahlungen in Euro – juristische und politische Beurteilung

Zahlreiche Unternehmen haben in jüngster Zeit versucht, die Auswirkungen des Wechselkurses auf die Arbeitnehmenden zu übertragen, indem sie allen oder einem Teil der Beschäftigten zuvor in Franken bezahlte Löhne neu in Euro entrichteten. Andere wiederum haben versucht, die Löhne durch Anbindung an den Wechselkurs zu senken, dies mit dem Argument, dass der ungünstige Eurokurs den Unternehmensertrag schmälere. Einige Unternehmen wandten solche Praktiken nur für aus der EU stammende oder in der EU niedergelassene (Grenzgänger/innen) Beschäftigte an. Zu solchen Praktiken griffen u.a.: Mopac Modern Packaging (BE), Stöcklin (BL), von Roll infratec (JU), Angenstein (BL), Essilor (GE), Sycrilor (JU), Hakama (SO). Eine Verlängerung der Arbeitszeit ohne Lohnausgleich wurde verfügt in u.a.: Trasfor (TI), Maag Pump (ZH), Dätwyler (UR), Lonza (VS), Wandfluh (BE). Die Sanofi-Aventis (GE) ihrerseits nahmen unter Berufung auf den Eurokurs als wirtschaftlichem Grund Massentlassungen vor.

Die betroffenen Arbeitnehmer/innen haben zumeist eine starke Kürzung ihres Reallohnes hinzunehmen. Die Frage ist: Inwieweit ist eine Lohnzahlung in Euro resp. eine Lohnsenkung aufgrund der Wechselkursänderungen juristisch zulässig? Eine entsprechende Analyse (in ihrer Langversion nur in Französisch) findet sich im Anhang.

Die Schlussfolgerung dieser Analyse: Selbst wenn der Arbeitgeber in der Frage der Festlegung der Löhne über eine grosse Freiheit verfügt, kommt die Lohnzahlung in Euro resp. die Anpassung des Lohnes an einen ungünstigen Euro-Kurs einer Überwälzung des Unternehmerrisikos auf die Arbeitnehmenden gleich. Das untersagt jedoch das Arbeitsrecht. Zudem sind solche Lohnsenkungen eine unzulässige Beteiligung am negativen Geschäftsgang, was einer Überwälzung des Unternehmerrisikos gleichzusetzen ist. Drittens: Schweizer und EU-Arbeitnehmende dürfen nach Freizügigkeitsabkommen (FZA) nicht unterschiedlich behandelt werden.

Zusammenfassung der juristischen Analyse

Der Arbeitgeber verfügt über Handlungsspielraum bei der Festlegung der Löhne und damit auch bei deren Senkung (zu respektieren sind allerdings die Vorschriften der Änderungskündigung), wenn er dabei Treu und Glauben sowie die guten Sitten respektiert und wenn dabei der Lohnbetrag objektiv und genügend vorhersehbar ist. Er kann Löhne jedoch nicht einseitig senken. Die Vorschrift von OR Art. 323b, wonach der Arbeitgeber den Lohn in einer gesetzlichen Währung zu entrichten hat, ist keine grosse Hilfe, um sich der Lohnzahlung in Euro zu widersetzen. Denn diese Vorschrift ist nicht zwingend und kann durch Abrede zwischen den Parteien oder Einzelarbeitsvertrag oder durch lokale Üblichkeit geändert werden (selbst wenn letztere nur restriktiv zugelassen werden darf und die heute durch das Problem betroffenen Branchen sich mit Sicherheit nicht darauf berufen können). Dasselbe gilt für die Regelungen gegen Lohndumping: Diese se-

hen eine behördliche Intervention nur dann vor, wenn eine Lohnunterbietung wiederholt in missbräuchlicher Weise vorkommt. Zudem ermöglichen diese Interventionen bloss, Mindestlöhne in NAV festzulegen (Art. 360a OR), bzw. die Einhaltung der GAV-Mindestlöhne zu verlangen sowie sie allgemeinverbindlich zu erklären. Wenn also die Lohnzahlung in Euro resp. die Lohnanbindung an den Wechselkurs nicht die verbindlichen Minimallöhne (auf den Franken umgerechnet) unterschreitet, sind diese Regelungen respektiert.

Hingegen: Die Löhne in Euro zu entrichten oder sie systematisch durch Anbindung an den Wechselkurs zu senken bedeutet Überwälzung des Unternehmerrisikos auf die Arbeitnehmenden, was zwingend durch Art. 324 OR untersagt ist. Der Wechselkurs ist Teil des Unternehmerrisikos; der Arbeitgeber muss dieses vorausschauend übernehmen. Er allein profitiert ja auch davon, wenn der Wechselkurs in die andere Richtung ausschlägt und so den Ertrag des Unternehmens steigert.

Löhne in Euro oder deren Anpassung an den Eurokurs bedeutet eine Form der Beteiligung des Arbeitnehmers an einem negativen Geschäftsergebnis (Art. 322a OR), die nach der Lehre nicht zulässig ist. Denn eine solche Beteiligung hat keine stimulierende Wirkung, da die Arbeitnehmenden den Wechselkurs nicht beeinflussen können. Deshalb sind Löhne in Euro oder deren Anpassung an den Wechselkurs nicht zulässig. Solche Bestimmungen, seien sie nun eingeführt durch gemeinsame Vereinbarung, durch Änderungskündigung oder durch kollektive Vereinbarung, sind folglich nichtig. Sie sind auch nicht abzustützen auf „Krisenartikel“ in einem GAV, denn diese müssen zwingendes Recht respektieren (Art. 358 OR). Ein Arbeitgeber, der regelmässig die Löhne den Veränderungen des Wechselkurses anpasste, beginge Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB).

Das Diskriminierungsverbot in Art. 2 FZA (präzisiert in Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) verbietet eine unterschiedliche Behandlung nach Nationalität oder Wohnort. Wirtschaftliche Gründe wie die Änderungen des Wechselkurses können solche Diskriminierungen nicht rechtfertigen. Deshalb kann der Arbeitgeber nicht allein nur für seine aus der EU stammenden Arbeitnehmer oder nur für Grenzgänger den Lohn an den Wechselkurs anbinden.

Anhang : analyse complète et références

Salaires et cours de l'euro : analyse juridique¹

Jean Christophe Schwaab, secrétaire central de l'USS, D^r en droit

1 Introduction

L'économie suisse est confrontée à une forte appréciation du franc par rapport à l'euro. Dans ce contexte, de nombreux employeurs tentent de reporter les effets de ces variations de cours sur les travailleurs/travailleuses en versant en euros les salaires précédemment versés en francs de tout ou une partie de leur personnel. D'autres ont tenté de diminuer les salaires en les indexant à la baisse, arguant que le cours défavorable de l'euro pesait sur le résultat de l'entreprise. Pour les salarié/e/s concernés, cela correspond dans la plupart des cas à une forte diminution du salaire réel.

Or, le salaire est un des éléments essentiels du contrat de travail (art. 319 CO) : le travailleur n'échange sa prestation de travail que contre rémunération. Le versement de la rémunération convenue est une obligation fondamentale de l'employeur. Le travailleur offre sa prestation de travail sous forme de temps mis à la disposition de l'employeur et reçoit pour cela la contrepartie convenue, exprimée en francs, même en cas de salaire en nature. Si la prestation de travail est fournie, ou au moins proposée, l'employeur est tenu dans tous les cas de verser le salaire convenu, quelle que soit sa situation et quels que soient les éléments extérieurs qui l'influencent. Ils ne modifient en effet en rien la valeur du travail fourni par le/la salarié/e.

Une baisse des salaires liée au cours de l'euro n'est donc pas acceptable du point de vue des salarié/e/s. La présente contribution souhaite démontrer que le droit du contrat de travail permet de s'y opposer. Elle examine donc les moyens dont peuvent bénéficier les salarié/e/s pour exiger que leur salaire versé en francs suisses continue à l'être, ou ne soit pas indexé à un cours de l'euro défavorable.

2 Baisser les salaires à la suite des variations du cours de la monnaie revient à reporter le risque d'entreprise sur les salarié/e/s (art. 324 CO)

Toute baisse des salaires en raison du cours de l'euro ou versement du salaire en euros entraînant une baisse de sa valeur en francs viole l'article 324 CO. Il résulte en effet de l'article 324 CO (demeure de l'employeur) que supporter le risque d'entreprise inhérent à l'activité économique incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur. Cela a pour conséquence que, si l'employeur n'est pas en mesure de fournir du travail à ses employés à cause d'un risque se situant dans sa « sphère de risque », il est, même sans faute de sa part, tout de même tenu de leur fournir le salaire convenu². C'est notamment le cas lors de problèmes de liquidité, de manque de commandes ou de déficit d'exploitation³. Il en va de même lors de chutes des prix⁴. Les variations du cours de la monnaie entrent sans aucun doute dans le risque économique que doit supporter l'employeur : en effet, il s'agit d'un événement de nature économique propre à modifier les prix à l'importation ou à l'exportation, ce qui a de forte chance de réduire les bénéfices, voire de provoquer des déficits. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez⁵ évoquent, en parlant du risque économique devant être supporté par l'employeur, l' « effondrement du cours de la monnaie », sans toutefois

¹ Also veröffentlicht im « Jusletter » vom 8. August 2011

² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004, n° 3 ad article 324 CO

³ Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 5 ad article 324 CO et les références citées.

⁴ Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne/Stuttgart/Vienne 1996, n° 2 ad article 324 CO

⁵ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, no 3 ad article 324 CO

détailler cette notion. Cette interprétation est à nos yeux trop restrictive. À notre avis, même une variation mineure du cours de la monnaie fait partie de ce risque. En effet, il appartient à l'employeur, plus particulièrement à l'employeur dont l'entreprise est active dans à l'exportation ou à l'importation, de prévoir les variations des cours de change et de les intégrer à sa stratégie, quelle que soit leur ampleur. C'est d'ailleurs lui qui peut tirer avantage d'une variation favorable, sans qu'il soit obligé de redistribuer ces éventuels gains à ses salarié/e/s. C'est le pendant du risque économique : celui qui le supporte en bénéficie lorsque le risque paie.

Une des conséquences du fait que l'employeur supporte le risque d'entreprise est qu'il peut procéder à des licenciements lorsque survient ce risque, à condition bien entendu de respecter les délais de congé, car ce risque ne justifie en aucun cas un licenciement avec effet immédiat⁶. Un exemple récent montre d'ailleurs que des employeurs en arrivent à cette extrémité à cause des variations de change : une entreprise genevoise a annoncé en avril 2011 devoir procéder à des licenciements collectifs, donnant notamment le cours de l'euro pour raison. Cependant, l'employeur ne peut à notre avis pas procéder à des congés-modification pour lier l'évolution des salaires au cours de la monnaie ou les verser désormais en une autre monnaie que le franc, car cette opération reviendrait, comme énoncé plus haut, à introduire un mécanisme qui reporterait systématiquement le risque économique sur les travailleurs/travailleuses. En outre, un employeur qui, même s'il n'introduit pas de mécanisme d'adaptation automatique au cours de l'euro, procéderait à intervalle régulier à de tels congés-modification pour baisser les salaires en fonction de l'évolution du taux de change, commettrait un abus de droit (art. 2 CC). Il faut enfin relever que, lorsqu'il procède à de nombreux congé-modifications, l'employeur est tenu de respecter les procédures prévues aux articles 335d ss CO en cas de licenciement collectifs, si le nombre, les motifs et les délais de ces licenciements répondent aux conditions de l'article 335d CO.

L'article 324 CO est relativement impératif (art. 362 CO). Il ne peut donc pas y être dérogé en défaveur du travailleur/de la travailleuse et de telles dérogations sont nulles, qu'elles proviennent d'un accord individuel ou collectif. Une dérogation par le biais d'une convention collective de travail, par exemple au moyen d'un article dit « de crise » comme l'article 57 de la CCT 2006 de l'industrie des machines, de l'équipement électrique et des métaux (MEM) ou l'article 1.10 de la CCT 2007 des industries horlogères et microtechniques suisses, n'est pas admissible non plus, car les CCT doivent respecter le droit impératif (art. 358 CO).

3 Une baisse des salaires en fonction du taux de change ne peut être considérée comme une participation du/de la salarié/e à un résultat négatif autorisée au titre de l'article 322a CO

Les variations du taux de change ayant un impact sur le résultat de l'entreprise, toute indexation automatique des salaires à ces variations pourrait être considérée comme une participation au résultat au sens de l'article 322a CO. Le texte de l'article 322a CO ne prévoit certes que la participation du travailleur/de la travailleuse à un bénéfice. Cependant, la doctrine admet qu'une participation à un déficit, donc une baisse de salaire en cas de mauvais résultat, peut être conclue par les parties, à condition qu'elle ne s'apparente pas à une responsabilité sans faute de la part du/de la salarié/e. La seule perte que le travailleur doit assumer de par la loi est en effet celle qu'il a lui-même provoqué intentionnellement ou par négligence (art. 321e CO). Une participation aux pertes doit toujours avoir un effet stimulant et ne doit pas priver le travailleur de son droit au salaire, ce qui est le cas lorsque la majorité de celui-ci est engloutie par la participation à un résul-

⁶ ATF 124 III 346, C. 2a)

tat négatif⁷. À notre avis, c'est aussi le cas pour une variation sensible du salaire, même si elle ne représente pas la majorité de ce dernier. En effet, bien de salarié/e/s doivent compter aujourd'hui chaque franc et ne peuvent guère se permettre d'épargner. Une variation salariale, même de l'ordre de quelques pour-cent, peut avoir un impact important sur le pouvoir d'achat et porter atteinte à la sécurité financière du travailleur/de la travailleuse et de sa famille. Quelques francs en moins sur la fiche de paie à la fin du mois peuvent en effet mener à des impayés, voire à des poursuites. Enfin, dans tous les cas, lier salaire au cours de la monnaie n'a à notre sens absolument aucun effet stimulant ou motivant pour les travailleurs/travailleuses, qui n'ont aucune influence sur les variations du taux de change. Un tel intéressement du travailleur/de la travailleuse au résultat n'est donc en définitive qu'un report du risque économique sur ce dernier, ce qui est prohibé de manière impérative par l'article 324 CO (cf 2.).

4 L'interdiction de discrimination de l'ALCP interdit de traiter différemment travailleurs/travailleuses originaires de l'UE (frontaliers ou non) et Suisses

L'article 2 de l'ALCP interdit toute discrimination *directe* fondée sur la nationalité. Cette disposition est *self-executing* et s'applique aussi aux personnes privées⁸. Les employeurs ont donc l'interdiction de discriminer leurs salarié/e/s en raison de leur nationalité, en particulier en ce qui concerne les conditions de travail⁹. Cela est précisé à l'article 9 al. 1 de l'annexe I de l'ALCP. Selon cette disposition, les travailleurs/travailleuses ressortissants de l'Union européenne (UE) ne peuvent être traités différemment des travailleurs/travailleuses suisses en matière, notamment, de conditions de travail et de rémunération. Une discrimination *indirecte* fondée sur un autre critère que la nationalité, mais qui affecte essentiellement les travailleurs/travailleuses migrants est assimilée, selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Tribunal fédéral, à une discrimination fondée sur la nationalité¹⁰. C'est par exemple le cas d'une discrimination fondée sur le lieu de résidence¹¹, comme lorsque l'employeur souhaite verser en euros le salaire de ses seuls salarié/e/s frontaliers.

Certes, l'interdiction de la discrimination *directe* des ressortissant(e)s de l'UE peut être limitée par des mesures justifiées pour des raisons d'ordre public (art. 5 de l'annexe I ALCP). Mais, selon la Cour de Justice de l'Union européenne, des motifs de nature purement économique ne peuvent pas être invoqués comme « raisons d'ordre public »¹², notion qui doit en outre être interprétée de manière restrictive¹³. Les raisons invoquées par les employeurs pour justifier le versement en euros du salaire de leur personnel frontalier ou issu de l'UE sont toujours économiques : cette mesure est censée contrer les conséquences négatives d'un cours de change défavorable. On imagine d'ailleurs très mal comment des raisons d'ordre public pourraient être invoquées pour justifier de telles pratiques. Quant aux discriminations indirectes, elles peuvent être justifiées par des « considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs/travailleuses concernés, et seulement si elles sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »¹⁴. En l'espèce, ces critères ne sont pas remplis, aucune disposition du droit national ne poursuivant un objectif justifiant le versement du salaire dans une autre monnaie que le franc. De

⁷ TC GR, Jugement du 28 juin 2005, JAR 2006 475ss, 482s, Streiff/Von Kaenel, n° 8 ad article 322a CO

⁸ Borghi, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Genève/Lugano/Bruxelles 2010, §65 et les références citées

⁹ Borghi, §78

¹⁰ CJUE, arrêt du 23 mai 1996 « O'Flynn », Affaire C-237/94, Recueil 1996, I-2617 et ATF 130 I 326 C. 3.2.3.

¹¹ CJUE, arrêt du 16.01.2003 « Commission contre Italie », Affaire C-388/01, Recueil 2003, I-721

¹² Borghi, §75 et les références citées.

¹³ ATF 130 II 493, C. 3.2

¹⁴ CJUE, « O'Flynn », cf. note 17

telles pratiques vont plutôt à l'encontre de la législation nationale qui souhaite limiter la sous-enchère.

Le versement du salaire dans des monnaies différentes en fonction de la nationalité ou du pays de résidence des salarié/e/s constitue indéniablement une discrimination. En effet, la valeur du travail d'un travailleur étranger ou frontalier (quelle que soit sa nationalité) est désormais inférieure à celle de son collègue domicilié en Suisse dont le salaire est toujours versé en francs. Le pouvoir d'achat réel des uns et des autres ne joue aucun rôle, même si, en théorie, le frontalier/la frontalière n'en perd pas à condition de consommer des biens ou des prestations exclusivement dans son pays de résidence et pas en Suisse ; cela pour autant qu'un tel cas de figure existe réellement en pratique, ce dont on peut légitimement douter. Car, si c'était le pouvoir d'achat qui faisait foi, il faudrait alors considérer *a contrario* que, lorsque l'euro s'apprécie face au franc, ce serait les résidents suisses qui seraient discriminés.

5 Dispositions légales qui ne permettent pas de s'opposer efficacement au versement du salaire en euros ou à une baisse liée au cours

5.1 Le salaire doit être versé dans une monnaie ayant cours légal (art. 323b CO)

Selon l'article 323b alinéa 1 première phrase CO, le salaire doit être payé dans une monnaie ayant cours légal, à savoir le franc suisse¹⁵, « sauf accord ou usage contraire ». Mais cette disposition n'est pas impérative et un paiement dans une autre monnaie est donc possible à ce titre, à condition d'avoir été expressément prévue dans le contrat individuel¹⁶ ou d'être conforme à un usage. Un tel usage doit cependant être clairement établi¹⁷ et ne peut être admis sans autre, y compris dans les régions frontalières¹⁸ ou lorsqu'il s'agit de salaires versés à du personnel frontalier. Un employeur ne peut donc certainement pas s'appuyer sur un « usage » lorsqu'il décide subitement de verser les salaires en euros ou de les indexer au cours de l'euro. L'usage doit par exemple être une tradition de longue date dans la branche ou la région concernée. Ce n'est certainement pas le cas dans l'industrie des machines, branche particulièrement touchée par les tentatives de payer le salaire en euros.

L'obligation légale de payer les salaires en francs suisses étant de nature dispositive, elle n'est donc d'aucune aide pour les salarié/e/s concernés, leur employeur pouvant, par exemple grâce à des congé-modification, prévoir le versement en euros dans les contrats individuels même si c'est au détriment du travailleur/de la travailleuse.

Comme il n'existe en outre pas d'obligation légale d'indexer les salaires, ce n'est pas non plus à ce titre qu'un travailleur pourrait valablement s'opposer à une perte de pouvoir d'achat, pour cause de variation du cours de l'euro, que ce soit parce que l'employeur verse désormais les salaires dans cette monnaie ou, suite à un congé-modification, baisse les salaires versés en francs pour cause de change défavorable.

Enfin, l'*obligation* de l'employeur de payer le salaire en monnaie ayant cours légal ne doit pas être assimilée au *droit* de tout débiteur de payer en monnaie ayant cours légal (art. 84 CO), ce qui entraîne, pour le créancier, le *devoir* d'accepter un tel paiement.

¹⁵ BK-Rehbinder, §1 ad article 323b CO

¹⁶ Geiser/Müller, §374

¹⁷ ZK-Staehlin/Vischer, A 196f

¹⁸ Geiser/Müller, §374

5.2 Modification du salaire par l'employeur dans le cadre d'un congé-modification

L'employeur ne peut baisser le salaire de manière unilatérale¹⁹. Mais, pour autant qu'il respecte les règles du congé-modification, il peut modifier les salaires de ses travailleurs/travailleuses. Il ne peut cependant pas le faire d'une façon qui viole le principe de la bonne foi ou les bonnes mœurs. Il en découle qu'il ne peut le faire selon son seul bon vouloir et que le travailleur doit toujours pouvoir déterminer son salaire par des critères objectifs. Si l'employeur pouvait réduire le salaire selon son bon vouloir, le travailleur se verrait privé de sa sécurité financière²⁰. C'est le cas lorsque le salaire est en permanence indexé à un euro dont le cours peut varier de 20% en quelques mois. C'est aussi le cas lorsque le salaire habituellement versé en francs est désormais versé dans une autre monnaie soumise à de fréquentes et fortes variations de cours. Ce ne sera en revanche pas le cas si les variations du cours de la monnaie ne sont que faibles, voire marginales, sur la période considérée.

5.3 Salaire minimum CCT et CTT, salaire usuel

Même s'il n'existe pas de salaire minimum légal en Suisse, il existe trois possibilités permettant de garantir un certain niveau de salaire : les salaires minimums d'une CCT, d'un CTT obligatoire ainsi que, en cas de sous-enchère, le salaire usuel de la localité, de la branche ou de la profession.

5.3.1. CCT

Si une CCT contenant un salaire minimum obligatoire est applicable au contrat individuel de travail concerné, l'employeur doit, en raison du caractère normatif de ces dispositions de la CCT (art. 357 CO), verser au moins ce salaire. C'est le cas si employeur et employés sont assujettis à la CCT ou, en cas de CCT étendue, si leur rapport de travail tombe dans le champ d'application de celle-ci. Si ce salaire minimum est exprimé en francs, l'employeur ne peut verser un salaire en euros dont la valeur est inférieure au salaire de la CCT au cours du jour. Il en va de même si l'employeur baisse les salaires pour les adapter à un cours défavorable. Il faut cependant noter que près d'un salarié/e/ sur deux ne bénéficie pas d'une CCT et que toutes les CCT ne contiennent pas de salaires minimums. C'est par exemple le cas d'une des branches les plus concernées par la problématique des salaires payés en euros : l'industrie MEM.

5.3.2. CTT

Les parties au contrat individuel peuvent déroger par écrit à un CTT (art. 360 al. 2 CO), sauf si ce CTT contient des salaires minimums obligatoires édictés en raison d'une sous-enchère salariale abusive et répétée (art. 360a CO). Dans ce cas, la même règle que pour un salaire minimum CCT s'applique.

5.3.3. Salaire usuel et sous-enchère salariale

Le remplacement de salaires versés en francs par des salaires versés en euros peut, à condition que le cours des monnaies varie suffisamment, remplir les conditions de la sous-enchère salariale autorisant l'autorité compétente à édicter un CTT contenant des salaires minimums obligatoires ou d'étendre une CCT contenant de tels salaires (art. 1a LECCT).

¹⁹ BK-Rehbinder, §19 ad article 322 CO

²⁰ Tribunal de prud'homme de Zürich, jugement du 8 février 1980, JAR 1981, 246ss.

La sous-enchère est une modification objective et à la baisse des salaires habituellement versés²¹. Le critère de sous-enchère sera certainement rempli si le versement des salaires en euros revient à en abaisser la valeur au-dessous des salaires usuels de la localité, de la branche ou de la profession. En revanche, les critères de l'abus et de la répétition ne seront pas remplis dans tous les cas.

La sous-enchère est notamment abusive au sens de l'article 360a CO si elle vise à accroître le bénéfice de l'employeur ou si elle est motivée par la volonté d'obtenir un avantage concurrentiel au préjudice de la main d'œuvre indigène. Ce n'est en revanche pas le cas si elle est due à des facteurs conjoncturels²². Une sous-enchère abusive ne pourra donc être constatée qu'en cas de versement de salaire en euros ou d'adaptation à la baisse des salaires versés en francs pour cause de cours de change défavorable dont l'objectif est de nuire aux intérêts de la main-d'œuvre indigène, par exemple en lui faisant miroiter que des salarié/e/s issus de l'UE seraient, eux, disposés à faire le même travail aux nouvelles conditions (salaires versés en euros ou salaire versé en francs adaptés à la baisse en fonction du cours de change). Pour que ce cas de figure se produise et puisse être combattu au titre de l'article 360a CO, il faudrait, d'une part, que l'employeur procède à des licenciements qui ne soient pas des congés-modifications reportant le risque d'entreprise sur les salarié/e/s (cf. 2.), et, d'autre part, réengage à des conditions salariales inférieures du personnel d'origine étrangère.

La sous-enchère est notamment répétée lorsque ce phénomène a une ampleur suffisamment perceptible et qui risque d'entraîner une réaction en chaîne. C'est le cas lorsqu'elle est pratiquée par plusieurs entreprises d'une même branche ou région, ou par une seule entreprise en position suffisamment dominante pour en inciter d'autres à suivre son exemple²³.

Cependant, l'existence d'une sous-enchère salariale abusive et répétée n'est pas une garantie dont les salarié/e/s peuvent directement se prévaloir: elle ne fait en effet que donner la possibilité à la commission tripartite de proposer la fixation de salaires minimums obligatoires dans un CTT ou d'étendre une CCT contenant des salaires minimums obligatoires, pour autant qu'il y en ait une. Et, dans tous les cas, si la valeur en francs des salaires versés en euros reste au moins égale aux minima de la CCT ou du CTT, l'employeur n'agit pas en contradiction avec les articles 356ss et 360a CO.

²¹ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, n° 4 ad article 360a CO

²² Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, n° 5 ad. article 360a CO

²³ Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, n° 6 ad. article 360a CO