



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Libre circulation des personnes et Relations du travail
Surveillance du marché du travail

Rapport sur les résultats de la procédure d'audition

Révision de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét)

Mise en oeuvre de la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant

3003 Berne, juin 2013

1. Contexte

Le 14 décembre 2012, dans le cadre du renforcement des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, le Parlement a adopté une disposition légale qui renforce la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant, déjà inscrite dans la loi sur les travailleurs détachés (LDét)¹, pour le non-respect des conditions de salaire et de travail par le sous-traitant (art. 5 LDét).

La responsabilité solidaire vise à mettre fin à certains abus relatifs aux chaînes de sous-traitance que l'on observe surtout dans la branche de la construction. La loi est censée faire respecter les conditions minimales de travail et de salaire malgré la transmission des mandats. La responsabilité de l'entrepreneur contractant peut être engagée en raison de la violation des conditions minimales de travail et de salaire par n'importe quel sous-traitant qui exécute des travaux au sein de la chaîne de sous-traitance. La disposition admet toutefois la preuve libératoire de l'entrepreneur contractant. S'il parvient à prouver qu'il a rempli son devoir de diligence en transmettant les travaux, il est exonéré de sa responsabilité. A cet effet, l'entrepreneur contractant doit vérifier, lors de la transmission du mandat, que les sous-traitants qui exécutent le travail respectent les conditions minimales de travail et de salaire selon l'art. 2 LDét. Il doit demander aux sous-traitants d'établir de manière crédible, sur la base de documents et de justificatifs, qu'ils respectent les conditions minimales de travail et de salaire.

Le nouveau devoir de diligence pose des exigences élevées à l'entrepreneur contractant et au sous-traitant. Comme il ne se limitera plus à un seul accord contractuel, il entraînera davantage de travail que sous l'empire de la réglementation actuelle.

Le présent projet d'ordonnance vise à préciser certains aspects de la responsabilité solidaire de l'art. 5 LDét, en définissant notamment le devoir de diligence. Il s'agit d'indiquer aux parties prenantes les documents et autres moyens de preuve qui permettent à l'entrepreneur contractant de vérifier le respect par le sous-traitant des conditions minimales de travail et de salaire de l'art. 2 LDét. Ainsi, l'ordonnance facilite la tâche de l'entrepreneur contractant de prouver dans une procédure civile qu'il a rempli le devoir de diligence commandé par les circonstances.

En outre, l'ordonnance définit la notion de salaire minimal net au sens de l'art. 5, al. 1, LDét. Enfin, l'Odét est complétée par une disposition qui n'a aucun rapport direct avec la responsabilité solidaire. Il s'agit d'introduire une base légale pour communiquer les détachements de travailleurs soumis à autorisation selon la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)² aux commissions d'exécution paritaires (CP) des CCT étendues. Cette disposition concerne les séjours de tous les travailleuses et travailleurs détachés dans le cadre des prestations transfrontalières qui ne sont pas soumis à l'obligation d'annonce selon l'art. 6 LDét.

2. Procédure d'audition

Une audition à propos de la révision de l'Odét a été tenue du 12 avril au 15 mai 2013 auprès de tous les cercles intéressés. En outre, une audition par conférence a eu lieu le 8 mai 2013 (art. 7, al. 3, litt. b, de la loi fédérale sur la procédure de consultation).

La liste des destinataires ainsi que le procès-verbal de la conférence du 8 mai se trouvent en annexe.

¹ 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 **RS 823.20 Corriger l'original allemand qui indique 823.201**

² **RS 142.20**

Globalement, 26 prises de position écrites ont été envoyées par les intéressés, regroupés de la manière suivante:

8 prises de position de gouvernements cantonaux:

BS, BL, SG, AG, AR, GE, ZH, NE

1 prise de position d'un office cantonal du travail: OCT GR

1 prise de position d'une commission tripartite du marché du travail : UR/OW/NW (tak UR/OW/NW)

SUVA

Association des offices suisses du travail (AOST)

11 prises de position d'associations et organisations spécialisées:

- Société suisse des entrepreneurs (SSE)
- Union suisse des arts et métiers (usam)
- Fédération des Entreprises Romandes (FER)
- Fédération vaudoise des entrepreneurs (fve)
- Association suisse et liechtensteinoise de la technique du bâtiment (suissetec)
- Union suisse des Installateurs-Electriciens (USIE)
- Association suisse du carrelage (ASC)
- Association suisse des entrepreneurs plâtriers-peintres (ASEPP)
- Union suisse du métal (USM)
- Enveloppe des édifices Suisse - Association suisse des entrepreneurs de l'enveloppe des édifices (gh-schweiz)
- Union suisse des entreprises d'isolation (ISOLSUISSE)

2 prises de position de partis politiques:

- Union démocratique du centre (UDC)
- PLR Les Libéraux-Radicaux

1 prise de position d'une entreprise de la construction (Implenia)

A l'audition par conférence du 8 mai 2013, les offices, associations, partis et personnes suivants étaient représentés: cf. procès-verbal (annexe II).

3. Résultats

3.1 Généralités

En général, les participants à la procédure de consultation ont approuvé le concept de mise en oeuvre de l'Odét. La majorité des prises de position émanant de la branche du second oeuvre (suissetec, USIE, ASC, USM, gh-schweiz et ISOLSUISSE) ainsi que les gouvernements cantonaux se sont exprimés en principe favorablement au sujet du projet d'ordonnance, en émettant toutefois des critiques à l'égard de dispositions isolées. La plupart ont reconnu que le travail administratif pour l'entrepreneur et le sous-traitant se tient dans des limites acceptables et qu'il produit l'effet préventif attendu.

L'usam approuve le fondement imposé par l'Odét et les limites à la responsabilité solidaire, mais, pour elle, certaines dispositions vont trop loin. La SSE exige quelques compléments concernant le devoir de diligence afin que l'entrepreneur contractant puisse minimiser son risque.

La tak UR/OW/NW est d'accord avec la définition des aspects du devoir de diligence définis à l'art. 8b et c Odét, c'est-à-dire la mise en évidence du respect des conditions de travail et de salaire ainsi que les dispositions contractuelles et organisationnelles. Dans la mesure où le projet pourrait être de moindre portée que ce qui était initialement prévu tout en imposant aux entreprises une charge administrative conséquente, le canton de ZH doute que le projet d'Odét parvienne à produire l'effet souhaité. Le canton de BL approuve la révision mais considère que les dispositions du projet sont formulées de manière très large. Les mesures à prendre relèvent du pouvoir d'appréciation de l'entrepreneur contractant, ce qui entraîne une grande insécurité juridique. Le canton d'AR approuve le projet. Pour l'OCT GR, les obstacles pour imposer la responsabilité solidaire au plan civil sont trop élevés et le projet d'ordonnance n'y change rien. L'AOST adhère en principe au projet même s'il cause un surplus de travail pour les cantons et les entrepreneurs. Elle demande une clarification de l'échange d'information entre les CP et les cantons au sujet des sanctions selon le nouvel art. 5, al. 4, LDét. Le canton de NE demande au SECO d'élaborer des formulaires type en ce qui concerne la mise en évidence du respect des conditions de travail et de salaire.

Le PLR salue la sécurité juridique certaine que l'Odét procure aux entrepreneurs. Pour Im-phenia, le projet ne définit pas clairement si le devoir de diligence ne s'applique que lors de la transmission du mandat ou s'il faut aussi exécuter plus tard des contrôles sur le chantier.

Prises de position à l'audition par conférence du 8 mai 2013: du point de vue d'UNIA, l'ordonnance aménage de manière trop restrictive la marge de manoeuvre accordée par la loi. En fin de compte, c'est la pratique qui montrera si la responsabilité renforcée est effectivement un instrument efficace pour lutter contre la pression sur les salaires dans les chaînes de sous-traitance. Unia interprète le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant dans un sens plus large, c'est-à-dire qu'il s'applique également durant l'exécution des travaux et comprend le contrôle des décomptes de salaire.

3.2 Prises de position par disposition

Art. 7, al. 3, transmission des autorisations

Les cantons de BS, BL, AR et NE ainsi que suissetec, la FER, l'USIE, l'ASPP, l'USM, gh-schweiz, ISOLSUISSE et l'ASC approuvent expressément cette disposition. La communication des autorisations facilite l'exécution des contrôles des CP.

Art. 8a, salaire minimum net

La fve salue certes la limitation de la responsabilité au salaire minimum net mais observe que le projet ne prévoit aucune règle si le sous-traitant retient après coup aux travailleuses et travailleurs une partie du salaire minimum garanti. Le canton de GE considère que le salaire

minimum net est difficile à calculer du fait que les déductions varient selon les pays. Il demande de préciser que le contrôle des salaires se fasse sur la base des salaires bruts.

Prises de position à l'audition par conférence: Le canton de ZG observe que l'art. 8a Odét ne contient aucune définition du salaire usuel de la branche et de la région.

Art. 8b, al. 1, respect des conditions minimales de salaire et de travail

La SSE et suissetec demandent que la disposition se rapporte expressément au sous-traitant *impliqué avec l'accord de l'entrepreneur contractant* et proposent de compléter le texte dans ce sens. Selon le système, l'entrepreneur contractant doit faire dépendre de son accord la transmission du mandat à chaque sous-traitant. L'adjonction proposée renforce ce principe.

L'usam salue l'approche pragmatique du projet qui tient compte du degré de confiance dans les rapports entre l'entrepreneur contractant et le sous-traitant pour définir le devoir de diligence. La FER considère que les documents et moyens de preuve prévus sont de la "paperasserie". Pour elle, l'ordonnance doit nettement faire comprendre que la liste des documents à l'al. 1, litt. a à d, n'est pas cumulative. L'UDC estime que ses exigences concernant la charge administrative et la clarté pour les entrepreneurs sont plus ou moins remplies. Le canton de SG note la charge causée par l'obligation de documenter mais salue l'effet préventif de l'exercice du devoir de diligence par l'entrepreneur contractant. Le canton de ZH considère que la charge administrative concernant la déclaration du sous-traitant est ingérable en particulier pour les PME.

Le canton de GE demande de compléter l'art. 8b par un alinéa 6 selon lequel l'entrepreneur contractant ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité lorsque le sous-traitant figure sur une "liste noire" d'une autorité administrative ou d'une CP de la branche de la construction. Pour le canton de BL, le projet n'est pas assez clair sur le point de la mise en évidence, à savoir s'il faut réclamer tous les documents mentionnés à l'al. 1 ou seulement certains d'entre eux. Dès lors, l'entrepreneur contractant ne sait pas si les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour exécuter son devoir de diligence.

Art. 8b, al. 1, litt. b

Pour la SSE, exiger de l'entrepreneur contractant qu'il requière l'attestation écrite des travailleuses et travailleurs est une charge administrative trop élevée et étrangère à la pratique. En effet, cette liste risque de ne jamais être actuelle en raison de modifications imprévisibles. En outre, une telle attestation provoque de l'insécurité et de l'inquiétude dans l'entreprise et péjore les perspectives de succès du travailleur dans un procès ultérieur contre l'entrepreneur contractant. L'usam, suissetec, l'ASEPP, l'USM, gh-schweiz, ISOLSUISSE et l'USIE rejettent un devoir général de chaque travailleur signer la déclaration et proposent de limiter cette obligation aux entreprises indigènes qui sont actives depuis moins de deux ans sur le marché. Suissetec et ISOLSUISSE demandent de compléter l'ordonnance dans le sens que le sous-traitant doit signer la déclaration.

Prises de position à l'audition par conférence: Unia et Syna approuvent l'attestation écrite générale telle qu'elle est proposée. Selon Syna, la signature des travailleuses et travailleurs sert également à les informer sur leurs droits minimaux. Pour Unia, l'ordonnance devrait aller encore plus loin. Comme il arrive que le contrat de travail ne corresponde pas au salaire effectivement payé, l'entrepreneur contractant devrait vérifier les décomptes de salaires. Le canton de ZG propose de prescrire une langue officielle pour les documents.

Art. 8b, al. 1, litt. c

La fve propose d'établir un système avec une carte électronique comme la carte de l'assurance maladie (LAMal) qui contient sur une carte l'attestation du respect des conditions de travail et de salaire par le sous-traitant. Cette carte pourrait être établie par un organe d'exécution paritaire d'une CCT déclarée de force obligatoire.

Art. 8b, al. 1, litt. d

Suissetec, l'USIE, l'ASEPP, l'USM, gh-schweiz, ISOLSUISSE et l'ASC observent que l'inscription dans un registre ne peut s'effectuer que sur la base d'un contrôle préalable des organes d'exécution et non d'une déclaration spontanée du sous-traitant. L'USIE demande de compléter le texte dans ce sens.

Art. 8b, al. 2

La SSE demande que la disposition se rapporte expressément au sous-traitant *impliqué avec l'accord de l'entrepreneur contractant* et propose, conformément à l'al. 1, de compléter le texte dans ce sens. En outre, le rapport explicatif doit confirmer à l'al. 2 que l'art. 5 LDét révisé n'entraîne la création d'aucune nouvelle règle de responsabilité en ce qui concerne la sécurité au travail et la protection de la santé.

Art. 8b, al. 3

Pour Suissetec, l'ASC, l'ASEPP, l'USM, gh-schweiz, ISOLSUISSE et l'USIE, la question se pose à propos des sous-traitants de savoir lesquels sont actifs sur le marché suisse depuis plus de 2 ans sans être inscrits au registre du commerce. L'USIE, gh-schweiz, l'USM et l'ASC demandent d'étendre l'obligation de l'al. 3 à tous les sous-traitants, à l'exception de ceux qui ont été contrôlés par une CP durant les 2 années précédentes. Le canton de BL considère comme discriminatoire la disposition applicable aux jeunes entreprises. Le PLR rejette également l'al. 3, qui jette un doute sur toutes les nouvelles entreprises en leur causant une charge administrative supplémentaire.

Art. 8c Dispositions contractuelles et organisationnelles

La SSE, l'usam et suissetec rejettent les dispositions organisationnelles de l'entrepreneur contractant par lesquelles il est censé contrôler tous les sous-traitants amenés à exécuter les travaux. De leur point de vue, cette obligation nécessite une base légale. Le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant ne s'applique pas durant l'exécution des travaux mais seulement lors de la transmission du mandat. Selon la SSE, la mesure est impraticable et manque notamment son but en ce qui concerne les grands chantiers, car des travailleurs employés par des co-entrepreneurs y sont également actifs. La vérification des documents selon l'art. 8b suffit à l'entrepreneur contractant pour se faire une vue d'ensemble de la chaîne des sous-traitants. Les dispositions organisationnelles sont dès lors une prescription parallèle inutile. Demandant la suppression de cette disposition, la SSE peut à la rigueur se déclarer d'accord de la limiter aux dispositions contractuelles. La SSE et suissetec demandent de préciser la disposition dans le sens que l'entrepreneur contractant doit prendre les dispositions contractuelles nécessaires afin que *lors de chaque transmission des travaux aux sous-traitants impliqués avec son accord* il puisse exiger de ces derniers qu'ils mettent en évidence le respect des conditions minimales de salaire et de travail.

Du point de vue de la fve, il faudrait concrètement préciser dans l'ordonnance les dispositions à prendre. Regrettant elle aussi l'absence de prescriptions concrètes concernant les mesures organisationnelles, la FER craint que l'entrepreneur contractant devienne l'inspecteur du travail de toute la chaîne de sous-traitants. L'USIE, l'ASEPP, l'USM, gh-schweiz et l'ASC observent que l'obligation portant sur les mesures organisationnelles ne doit pas devenir un devoir d'examen et de contrôle de l'entrepreneur contractant durant l'exécution des travaux. Pour elles, le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant se rapporte au moment de la sous-traitance. L'USIE réclame un complément dans ce sens qui doit préciser en outre que le devoir de diligence ne comprend aucune activité ultérieure de contrôle. L'usam pointe les coûts élevés des mesures organisationnelles et estime que les dispositions contractuelles sont suffisantes pour exécuter le devoir de diligence.

Pour l'UDC, les dispositions organisationnelles vont trop loin, c'est pourquoi elle demande leur suppression. Le PLR les rejette également car elles exigent de l'entrepreneur contractant d'exécuter sur place un devoir de surveillance pour lequel il n'existe aucune base légale.

Pour la SUVA, la requête la plus importante est inscrite à l'art. 8c, en particulier dans le devoir de prendre des dispositions contractuelles nécessaires.

A la conférence, le Forum PME s'est également exprimé contre les dispositions organisationnelles, avant tout en raison des difficultés pour les PME de les mettre en oeuvre. La disposition a reçu l'accord des syndicats Unia et Syna. Selon Unia, le sous-traitant ne doit pas pouvoir démontrer à l'entrepreneur contractant qu'il respecte les conditions minimales de travail et de salaire tout en confiant les travaux à un autre entrepreneur sans que l'entrepreneur contractant en ait connaissance. Pour les syndicats, les dispositions organisationnelles sont absolument nécessaires.

Entrée en vigueur

La SSE, suissetec et l'usam demandent un report de l'entrée en force au 1er janvier 2014. Ils allèguent que les préparatifs relatifs au devoir de diligence, comme la formation des entreprises et l'adaptation des contrats, formulaires, etc., exigent un certain travail, pour lequel ils ont besoin de plus de temps que ne leur laisse l'entrée en vigueur planifiée initialement au 15 juillet 2013.

3.3 Autres prises de position

Les cantons de BS et AG regrettent l'absence de réglementation visant à sanctionner l'entrepreneur contractant, en particulier un exposé des cas où l'autorité cantonale devrait exécuter une procédure de sanction et la manière de coordonner cette dernière avec une procédure civile. Les cantons de AG et ZH craignent que les CP exercent une pression élevée sur les autorités cantonale pour prononcer des sanctions. C'est pourquoi le canton de ZH s'attend à ce que les coûts à la charge des cantons soient beaucoup plus élevés que les calculs du SECO. Le canton de GE estime que le projet entraîne des coûts plus élevés pour les cantons et il demande dès lors une adaptation des contrats de prestations que la Confédération passe avec les cantons pour financer les nouveaux postes de travail que nécessite l'adapté de l'Odét. Pour faciliter la procédure de sanction, le canton de SG propose d'inscrire l'annonce de l'entrepreneur contractant dans la procédure d'annonce et d'adapter en conséquence l'art. 6, al. 4, Odét.

Annexe I: liste des destinataires

1. Cantons

- Gouvernements cantonaux
- Conférence des gouvernements cantonaux (CdC)
- Association des offices suisses du travail (AOST)
- Offices cantonaux du travail

2. Associations faitières de l'économie

- Union suisse des arts et métiers (usam)
- Union patronale suisse UPS
- économie suisse
- Union syndicale suisse USS
- Travail.Suisse

3. Autres organisations

- Société suisse des entrepreneurs (SSE)
- Unia
- Fédération des Entreprises Romandes (FER)
- Syna
- SUVA
- Union suisse des Installateurs-Electriciens (USIE)
- Association suisse des entrepreneurs plâtriers-peintres (ASEPP)
- Association suisse des maîtres menuisiers et fabricants de meubles
- Union suisse du métal
- ISOLSUISSE Union suisse des entreprises d'isolation
- suissetec
- Association suisse du carrelage ASC
- Enveloppe des édifices Suisse - Association suisse des entrepreneurs de l'enveloppe des édifices (gh-schweiz)
- Société des Entrepreneurs Suisses en Echafaudages
- Second oeuvre romand
- Association suisse des entreprises de construction en bois
- Communauté d'intérêts des commissions paritaires des CCT déclarées de force obligatoire
- Association Suisse des Entrepreneurs Généraux (ASEG)

4. Partis politiques

- Parti bourgeois démocratique PBD
- Parti démocrate-chrétien PDC
- Parti chrétien social Obwald pcs-ow
- Parti chrétien social du Haut-Valais

- Parti évangélique suisse PEV
- PLR. Les Libéraux-Radicaux
- Parti écologiste suisse Les Verts
- Vertlibéraux Suisse
- Lega dei Ticinesi (Lega)
- Mouvement Citoyens Romand (MCR)
- Union démocratique du centre (UDC)
- Parti socialiste suisse PS