



Loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes

Rapport explicatif

Condensé

Les lacunes de l'actuelle législation sur les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes doivent être comblées. L'introduction de mesures visant à lutter contre l'indépendance fictive de prestataires de services étrangers, l'introduction de possibilités de sanction à l'encontre d'employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse et qui enfreignent les salaires minimaux impératifs prévus par les contrats-types de travail et l'introduction de possibilités de sanction en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon une procédure facilitée permettront de mettre en oeuvre encore plus efficacement les mesures d'accompagnement.

Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004. Depuis lors, elles ont été renforcées et leur exécution a été optimisée à différentes reprises par diverses mesures. Dans le cadre des mesures d'accompagnement, le marché du travail est observé et les conditions de travail contrôlées, afin de pouvoir prendre des mesures en cas d'abus éventuels.

L'expérience acquise pendant sept ans dans l'exécution des mesures d'accompagnement montre que celles-ci garantissent une protection efficace des travailleurs indigènes et étrangers contre les sous-enchères salariales et les violations des conditions de travail. Ces mesures concourent en outre à ce que les prestataires de services indigènes et étrangers soient soumis aux mêmes conditions de concurrence et que la population accepte l'accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne.

On a cependant constaté des lacunes dans la législation actuelle, raison pour laquelle les mesures suivantes doivent être mises en oeuvre au niveau de la loi.

- Lutte contre l'indépendance fictive des prestataires de services étrangers;
- Possibilité de sanctionner les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse en cas de non-respect des salaires minimaux impératifs prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a du code des obligations;

- Possibilité de sanctionner les infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure d'extension facilitée au sens de l'art. 1a de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail .

Table des matières

1	Présentation de l'objet.....	4
1.1	Contexte	4
1.1.1	L'accord sur la libre circulation des personnes	4
1.1.2	Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes.....	4
1.1.3	Récents développements dans le domaine des mesures d'accompagnement	6
1.1.3.1	Problématique de l'indépendance fictive	6
1.1.3.2	Absence de possibilités de sanction en cas d'infractions aux contrats-types de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs.....	7
1.1.3.3	Absence de possibilités de sanction en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon une procédure facilitée	8
1.2	Les changements proposés	8
1.2.1	Mesures de lutte contre l'indépendance fictive	9
1.2.2	Sanctions en cas d'infractions aux contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs	10
1.2.3	Sanctions en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure d'extension facilitée	10
1.3	Justification et appréciation de la solution proposée	12
1.3.1	Mesures de lutte contre l'indépendance fictive	12
1.3.2	Sanctions en cas d'infractions aux contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs	13
1.3.3	Sanction en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure facilitée	14
1.4	Application	14
1.5	Classement d'interventions parlementaires.....	14
2	Commentaire.....	14
2.1	Loi fédérale sur les travailleurs détachés	14
2.2	Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail	18
3	Conséquences	18
3.1	Conséquences pour la Confédération	18
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	19
3.3	Conséquences économiques.....	19
3.4	Conséquences financières et sur le personnel.....	19
4	Liens avec le programme de la législature et la planification financière	19
5	Aspects juridiques.....	19
5.1	Constitutionnalité et conformité aux lois	19
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	20
5.3	Forme de l'acte à adopter	20

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

Le 21 juin 1999, la Suisse et l'Union européenne (UE) et ses Etats-membres ont signé sept accords sectoriels, dont l'Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹. L'ALCP a été approuvé par le peuple en 2000 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Le peuple a approuvé en 2005 l'extension de l'accord aux dix pays qui sont devenus membres de l'UE en 2004² et cette extension est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006. Il a approuvé en 2009 l'extension de l'accord à la Roumanie et à la Bulgarie, qui ont rejoint l'UE en 2007. Cette extension est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2009.

1.1.1 L'accord sur la libre circulation des personnes

L'ALCP a introduit progressivement entre la Suisse et l'UE les règles de base de la libre circulation des personnes qui ont cours au sein de l'UE. Les ressortissants de la Suisse et des Etats membres de l'UE ont le droit de choisir librement leur lieu de travail et de résidence sur le territoire des parties contractantes. La condition requise est qu'ils possèdent un contrat de travail valable, qu'ils soient indépendants ou – s'ils sont sans activité lucrative – qu'ils puissent établir qu'ils disposent de moyens financiers suffisants et qu'ils ont une assurance-maladie. La libre circulation des personnes est complétée par la reconnaissance mutuelle des diplômes professionnels ainsi que par la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale.

L'ALCP prévoit aussi une libéralisation limitée de la prestation de services transfrontalière aux personnes. Les travailleurs et les prestataires de services indépendants ont le droit de se rendre dans un des pays couverts par l'accord et d'y fournir des prestations de services pour une durée pouvant aller jusqu'à 90 jours de travail par année civile.

1.1.2 Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes

Dans le cadre de l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, le contrôle du respect des conditions usuelles de travail et de salaire préalable à l'octroi d'une autorisation a disparu le 1^{er} juin 2004. Comme la Suisse est en comparaison avec l'UE un pays à hauts salaires, il y a un risque que les salaires subissent une pression en raison de la libre circulation des personnes. Les mesures d'accompagnement ont été introduites pour compenser l'abandon du contrôle préalable et systématique du marché du travail, afin de lutter contre la sous-enchère abusive par rapport aux conditions de travail et de salaire usuelles en Suisse. Lorsque des cas de sous-enchère salariale sont constatés, des mesures interviennent au niveau individuel et au niveau collectif. Au niveau individuel, il s'agit de mesures telles que les sanctions contre les employeurs étrangers fautifs et, au niveau collectif, il existe des mesures comme l'extension facilitée de conventions collectives de travail et l'édiction de contrats-types de travail comportant des salaires minimaux impératifs.

Les mesures d'accompagnement sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004, en parallèle à la deuxième phase transitoire de la libre circulation des personnes.

Elles comportent pour l'essentiel les règles suivantes:

¹ RS 0.142.112.681

² Estonie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, Slovénie, République tchèque, Hongrie et Chypre

- La loi fédérale du 8 octobre 1999³ sur les travailleurs détachés (Ldét) impose à un employeur étranger qui détache des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière de respecter les conditions minimales de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, les conventions collectives de travail étendues et les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a du code des obligations (CO)⁴.
- En cas de sous-enchère salariale abusive et répétée, les dispositions d'une convention collective de travail sur les salaires minimaux, la durée du travail et l'exécution paritaire peuvent faire l'objet d'une extension facilitée au sens de l'art. 1a de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)⁵. Cette mesure s'applique tant aux entreprises indigènes qu'aux entreprises détachant des travailleurs.
- Dans les branches ne possédant pas de convention collective de travail, des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO, comportant des salaires minimaux impératifs, peuvent être édictés en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée. Cette mesure s'applique à toutes les entreprises de la branche concernée.

Avec l'extension de l'ALCP aux dix états ayant adhéré à l'UE en 2004, l'efficacité des mesures d'accompagnement a été renforcée et leur exécution, optimisée. On a encore optimisé l'exécution des mesures d'accompagnement au 1^{er} janvier 2010 suite à l'extension de l'ALCP à la Roumanie et à la Bulgarie. Le renforcement et l'optimisation des mesures d'accompagnement comprenaient en particulier l'obligation faite aux cantons d'engager des inspecteurs du travail en nombre suffisant, des sanctions plus sévères, l'obligation des prestataires de services indépendants de prouver leur indépendance, l'applicabilité de dispositions de conventions collectives de travail étendues aux prestataires de services étrangers (notamment le dépôt obligatoire d'une caution et l'obligation de verser des contributions aux frais d'exécution) et la détermination par voie d'ordonnance d'un nombre contraignant de contrôles annuels (27 000).

La mise en œuvre des mesures d'accompagnement a été confiée à différents acteurs. Il existe un dualisme de l'exécution, reposant sur la distinction entre branches couvertes par une convention collective de travail dont le champ d'application a été étendu et branches non couvertes par une telle convention collective de travail.

Les commissions tripartites au niveau cantonal et fédéral observent l'évolution du marché du travail en général, examinent les cas suspects de sous-enchère salariale et proposent à l'autorité cantonale compétente des mesures lorsqu'elles constatent une sous-enchère salariale abusive et répétée au sens de l'art. 360a, al. 1, CO. Elles tentent en règle générale au préalable de trouver un accord avec les employeurs concernés (procédure de conciliation, art. 360b, al. 3, CO). Il revient à la commission tripartite d'évaluer s'il y a une sous-enchère salariale abusive et répétée. Les commissions tripartites sont en outre chargées de contrôler le respect des dispositions des contrats-types de travail sur les salaires minimaux au sens de l'art. 360a CO. Les commissions tripartites n'ont, en cas de sous-enchères aux salaires usuels dans la localité ou dans la branche, pas de compétence en matière de sanctions à l'encontre des employeurs étrangers fautifs. Elles sont toutefois tenues de signaler les infractions à la loi constatées à l'autorité cantonale compétente pour prononcer des sanctions.

Dans les branches couvertes par une convention collective de travail étendue, le contrôle du respect des dispositions de la convention collective de travail incombe aux commissions paritaires chargées de son exécution. La Ldét leur confie en outre le contrôle du respect de la convention collective de travail par les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs. Si ces organes de contrôle constatent des infractions à la Ldét, ils doivent les signaler à l'autorité cantonale compétente pour prononcer des sanctions.

³ RS 823.20

⁴ RS 220

⁵ RS 221.215.311

1.1.3 Récents développements dans le domaine des mesures d'accompagnement

En sa qualité d'autorité fédérale compétente, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) publie chaque année un rapport sur la mise en œuvre des instruments des mesures d'accompagnement et entretient activement des échanges avec les partenaires sociaux, auxquels est dévolu un rôle important dans l'exécution des mesures d'accompagnement.

Les résultats du récent rapport du SECO, du 3 mai 2011⁶, fournissent un aperçu détaillé de l'ampleur de l'activité de contrôle effectuée par les organes d'exécution, des infractions et des sous-enchères salariales supposées et des sanctions qui en ont résulté pendant l'exercice 2010 sous rapport. Les résultats du rapport indiquent que l'activité de contrôle s'est intensifiée auprès des travailleurs détachés et des indépendants soumis à l'obligation d'annonce et parmi les employés des entreprises suisses. Les organes de contrôle ont même dépassé l'objectif fixé de contrôler 50 pour cent de tous les travailleurs détachés. Les infractions et sous-enchères salariales constatées montrent que les contrôles seront également encore nécessaires à l'avenir. Les commissions tripartites cantonales ont relevé des sous-enchères salariales dans 12 pour cent des entreprises étrangères contrôlées qui détachent du personnel et dans 6 pour cent des entreprises suisses contrôlées. Les commissions paritaires chargées de contrôler le respect des conventions collectives de travail étendues ont fait état d'infractions aux salaires impératifs dans environ un tiers des contrôles.

Le rapport du SECO du 3 mai 2011 et les expériences faites à ce stade dans la mise en œuvre des instruments des mesures d'accompagnement indiquent que celles-ci garantissent un contrôle efficace du marché du travail. Mais il est également apparu que la législation actuelle comporte des lacunes. L'Union suisse des arts et métiers, les syndicats, certains cantons et de nombreuses interventions parlementaires ont notamment fait état de ces lacunes.

Par décision du 6 juillet 2011, le Conseil fédéral a mandaté après une discussion le Département fédéral de l'économie (DFE) pour qu'il élabore des dispositions permettant de combler les lacunes de la législation sur les mesures d'accompagnement.

Lors d'une table ronde le 5 juillet 2011, réunissant le chef du DFE et les partenaires sociaux, il a été convenu que le SECO contrôlerait en outre des mesures visant à améliorer l'échange d'informations et la coopération entre les divers acteurs de l'exécution des mesures d'accompagnement (partenaires sociaux, cantons, Confédération) dans le domaine des mesures d'accompagnement. A cet effet, on a institué un groupe de travail composé de représentants des partenaires sociaux, des cantons et de la Confédération, qui entreprendra jusqu'à l'automne 2011 une première analyse concernant les domaines problématiques des sous-enchères salariales lors de nouvelles embauches, du traitement de manière conséquente des sous-enchères salariales et de l'exécution des sanctions par les entreprises étrangères détachant des travailleurs.

1.1.3.1 Problématique de l'indépendance fictive

S'agissant des prestataires de services indépendants provenant de l'étranger, qui fournissent une prestation de services en Suisse, les conditions minimales de salaire et de travail prévues en Suisse par la Ldét ne s'appliquent pas, puisque ce ne sont pas des travailleurs salariés. Toutefois, la Ldét prévoit que les prestataires de services indépendants doivent prouver leur indépendance aux organes de contrôle de la Ldét (art. 1, al. 2, Ldét). S'ils ne sont pas en mesure d'apporter la preuve de leur statut d'indépendant, ils sont réputés « indépendants fictifs ».

En réalisant une prestation de services en qualité d'indépendant fictif, on veut éviter que la personne ne soit soumise aux normes de protection du droit du travail et du droit des assu-

⁶ www.seco.admin.ch > Thèmes > Travail > Libre circulation des personnes CH – UE et mesures d'accompagnement > Mesures d'accompagnement

rances sociales. En outre, l'indépendance fictive entraîne des distorsions de la concurrence, puisque les employeurs qui occupent des travailleurs doivent supporter des coûts plus élevés.

Aujourd'hui déjà, en vertu de la Ldét, les commissions tripartites (dans les branches sans convention collective de travail étendue) et les commissions paritaires (dans les branches avec convention collective de travail étendue) contrôlent si le prestataire de services qui prétend être indépendant l'est effectivement. En raison de la multiplication des constats, par les organes d'exécution, de cas d'indépendance fictive, le SECO a mis en vigueur au 1^{er} janvier 2011 une directive⁷ « Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendance de prestataires de services étrangers », édictée à l'intention des organes d'exécution. Cette directive facilite aux organes d'exécution l'identification de l'indépendance fictive. Le contrôle du statut d'indépendant des prestataires de services étrangers constitue toutefois un grand défi pour les organes d'exécution. Ce contrôle est en particulier entravé par le fait que les prestataires de services indépendants n'emportent souvent pas de documents permettant d'attester leur statut d'indépendant.

La coopération des prestataires de services indépendants lors d'un contrôle, respectivement la fourniture de renseignements constitue la base permettant d'accomplir les contrôles et de constater d'éventuelles infractions aux dispositions en vigueur. Selon la législation en vigueur, les prestataires de services indépendants ne sont pas tenus d'avoir avec eux les documents attestant leur statut d'indépendant et ils ne peuvent pas être efficacement sanctionnés en cas de violation de leur obligation de renseigner. Lors de l'élaboration de la directive du SECO, il est également apparu que les possibilités de sanction existantes à l'encontre des indépendants fictifs sont incomplètes et que la disposition légale actuelle de la Ldét (art. 1, al. 2) manque de clarté.

Outre la directive du SECO, l'Union suisse des arts et métiers, les syndicats et diverses interventions parlementaires ont demandé des possibilités de sanction permettant de lutter efficacement contre l'indépendance fictive. C'est pourquoi la Direction du travail du SECO a institué en décembre 2010 un groupe de travail composé de représentants des partenaires sociaux et des cantons (groupe de travail « indépendance fictive »). Ce groupe de travail a analysé l'ampleur de la problématique de l'indépendance fictive, il a examiné comment on pourrait mettre en œuvre les possibilités de sanction et les mesures demandées à l'encontre des indépendants fictifs et s'il serait nécessaire de créer à cet effet de nouvelles bases légales au niveau de l'ordonnance ou de la loi.

1.1.3.2 Absence de possibilités de sanction en cas d'infractions aux contrats-types de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs

Lorsque les salaires usuels dans une branche ou une profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée et qu'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue, l'autorité compétente a la possibilité d'édicter un contrat-type de travail prescrivant des salaires minimaux impératifs au sens de l'art. 360a CO.

Conformément à l'art. 2 Ldét, les employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse sont tenus de respecter les salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO. S'ils ne le font pas, ils peuvent être sanctionnés, sur la base de la Ldét, par des sanctions administratives comprenant une amende de 5000 francs au plus ou une interdiction d'offrir leurs services en Suisse pour une période d'un à cinq ans. S'ils violent leur obligation de renseigner, c'est-à-dire s'ils donnent des renseignements sciemment inexacts, s'ils refusent de renseigner, s'ils s'opposent à un contrôle ou le rendent impossible, les employeurs se rendent passibles d'une amende de 40 000 francs au plus. Si, de façon

⁷ www.seco.admin.ch > Thèmes > Travail > Libre circulation des personnes CH - UE et mesures d'accompagnement > Détachement de travailleurs en Suisse

systématique et dans un esprit de lucre, les conditions minimales prévues à l'art. 2 Ldét ne sont pas garanties, l'employeur s'expose à une amende d'1 million de francs au plus.

Concernant les employeurs suisses, seuls les bailleurs de services peuvent faire l'objet de sanctions. En effet, selon l'art. 360d, al. 1, CO, un contrat-type de travail s'applique également aux travailleurs dont les services ont été loués. Si le bailleur de services ne respecte pas ou contrevient aux dispositions impératives d'un contrat-type de travail, l'autorisation de pratiquer ne lui est pas octroyée, car il ne garantit pas une location de services satisfaisant aux règles de la profession selon l'art. 13, al. 2, let. b, de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)⁸; l'autorisation peut lui être retirée pour les mêmes raisons en vertu de l'art. 16, al. 1, let. b, LSE, car il enfreint des dispositions impératives de la protection des travailleurs.

S'agissant des autres employeurs, qui emploient des travailleurs engagés en Suisse dans des branches soumises à des contrats-types de travail contraignants et qui n'en respectent pas les salaires minimaux impératifs, aucune base légale ne permet de les sanctionner. Ceci remet en question l'efficacité de la mesure que représente le contrat-type de travail comportant des salaires minimaux impératifs. Le législateur a seulement introduit à l'art. 360e CO la possibilité, pour les associations représentant les employeurs ou les travailleurs, d'ouvrir une action tendant à faire constater le respect ou le non-respect du contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO.

1.1.3.3 Absence de possibilités de sanction en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon une procédure facilitée

La loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)⁹ réglemente les compétences et la procédure permettant, à la requête de toutes les parties contractantes, d'étendre le champ d'application d'une convention collective de travail aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et qui ne sont pas liés par cette convention. La commission paritaire prévue par la convention collective de travail est compétente pour assurer le contrôle et l'exécution.

Les commissions tripartites sont, avec d'autres autorités et organes, notamment compétentes pour contrôler le respect de la Ldét (art. 7, al. 1 et 2 Ldét; cf. aussi art. 360b CO). Si les commissions tripartites constatent des sous-enchères abusives et répétées par rapport aux salaires et à la durée de travail usuels dans la branche, la profession ou la localité, elles peuvent, avec l'accord des parties signataires, déposer une demande d'extension facilitée d'une convention collective de travail dans le cadre des mesures d'accompagnement. Le contenu de l'extension peut comprendre, selon le droit en vigueur, les dispositions contractuelles sur la rémunération minimale, les dispositions sur la durée du travail lui correspondant et les dispositions relatives aux contrôles paritaires (art. 1 a LECCT).

Les possibilités de sanction prévues dans la convention collective de travail (p. ex. les peines conventionnelles) ne peuvent pas être étendues de manière facilitée. Il manque donc aux partenaires sociaux une partie des possibilités d'exécution. Ceci remet en question l'efficacité de la mesure consistant à étendre une convention collective de travail de manière facilitée.

1.2 Les changements proposés

Les changements proposés, qui doivent être mis en œuvre dans le cadre d'une révision et du complément de diverses législations, concernent les domaines suivants:

⁸ RS 823.11

⁹ RS 221.215.311

- Lutte contre l'indépendance fictive des prestataires de services étrangers ;
- Possibilité de sanctionner les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse en cas de non-respect des salaires minimaux impératifs prévus par les contrats-types de travail;
- Possibilité de sanctionner les infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure d'extension facilitée.

1.2.1 Mesures de lutte contre l'indépendance fictive

Le projet de loi confirme le droit en vigueur selon lequel la notion de travailleur est régie par le droit suisse¹⁰ et la preuve du statut d'indépendant doit être fournie sur demande aux organes de contrôle. Désormais, les prestataires de services indépendants seront soumis à l'obligation d'établir une documentation, de manière à ce qu'ils présentent les justificatifs de leur statut d'indépendant lors des contrôles sur place. L'expérience pratique des organes d'exécution de la Ldét a montré que le contrôle du statut d'indépendant est entravé si certains documents prouvant l'indépendance ne peuvent pas être vérifiés directement lors du contrôle. Le fait de prévoir, au niveau de la loi déjà, certaines exigences visant la preuve de l'indépendance ne permet pas seulement de simplifier l'exécution; il en résulte une plus grande sécurité du droit pour les prestataires de services indépendants. Jusqu'à présent, nombre de prestataires de services indépendants ne savaient pas au juste comment apporter la preuve de leur statut d'indépendant.

Outre l'obligation de documentation pour les indépendants, le projet de loi prévoit les mesures susceptibles d'être prises en cas de non-respect de cette obligation. En particulier, les organes d'exécution doivent recevoir la possibilité de pourvoir à ce qu'une personne doive quitter son poste de travail si elle ne satisfait pas à son obligation de documentation passé le délai supplémentaire qui lui est imparti, ou si elle ne peut présenter des documents équivalents à ceux, mentionnés dans la loi, censés prouver son indépendance. Cette mesure est jugée efficace et utile, en particulier dans la pratique, pour appliquer l'obligation de documentation et, finalement, pour garantir le contrôle du statut d'une personne. S'agissant de brefs engagements en Suisse, justement, on peut ainsi empêcher qu'une personne ne retourne dans son pays d'origine au terme de ses travaux sans avoir apporté la preuve de son indépendance. Les expériences faites par les organes d'exécution ont montré que les prestataires de services indépendants, contrairement aux entreprises détachant des travailleurs, ne réagissent que rarement à la demande a posteriori de transmettre les documents prouvant leur statut d'indépendant.

Il faut en outre qu'une suspension de travail puisse être ordonnée si un cas d'indépendance fictive est constaté et que l'employeur de l'indépendant fictif n'est pas connu. Cette mesure doit permettre de déterminer qui est l'employeur, de manière à ce qu'il doive répondre d'une éventuelle sous-enchère par rapport aux conditions salariales et de travail minimales.

Vérifier le statut d'indépendant constitue une tâche complexe. Compte tenu du grand nombre d'éléments que comporte la vie économique, il est nécessaire d'évaluer le statut d'indépendant d'une personne en appréciant toutes les circonstances du cas d'espèce. L'indépendance fictive se caractérise par le fait qu'elle présente des caractéristiques de l'activité professionnelle indépendante et de l'activité professionnelle dépendante. Déterminer le statut d'une personne implique donc d'apprécier quelles caractéristiques sont prépondérantes dans le cas d'espèce. C'est pourquoi il peut arriver que les organes d'exécution ne soient pas en mesure de juger définitivement s'il s'agit réellement d'une indépendance, alors même que le prestataire de services indépendant s'est acquitté de son obligation de documentation et que les organes d'exécution ont effectués des clarifications sur place. Pour tenir

¹⁰ Cf. explications sous chapitre 276.134, lettre B du du 23 juin 1999 message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, , FF du 23 juin 1999, FF **1999** 5440

compte de cet aspect, le projet de loi mentionne les conditions dans lesquelles les organes d'exécution peuvent demander des documents supplémentaires. Les conditions permettant de procéder à des clarifications supplémentaires sont réunies, lorsque les organes de contrôle doutent du statut d'indépendant d'une personne sur la base des documents soumis visés à l'al. 2, ou de documents équivalents, et d'éventuelles observations sur place. En pareil cas, les organes de contrôle doivent pouvoir entrer en contact avec la personne contrôlée, mais également avec son mandant ou le maître d'ouvrage, afin d'obtenir des informations supplémentaires indiquant le statut de la personne contrôlée. Par conséquent, l'obligation de renseigner est désormais explicitement ancrée dans la loi pour les mandants ou les maîtres d'ouvrage. La pratique a montré que souvent, en cas de doute, seuls des renseignements complémentaires obtenus auprès du partenaire contractuel permettent de clarifier le statut de la personne contrôlée. Quant aux documents supplémentaires susceptibles d'être demandés, il s'agit en particulier de ceux mentionnés dans la directive du SECO sur la marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services. En demandant des documents supplémentaires, les organes de contrôle doivent veiller à ce que les personnes contrôlées puissent leur fournir dans leur cadre d'un charge raisonnable.

Outre la possibilité de décider la suspension du travail si l'obligation de documentation n'est pas respectée, le projet de loi propose des possibilités de sanction. La proposition est axée sur les possibilités de sanction de droit administratif ou pénal existantes dont sont passibles, en cas de violation de la Ldét, les employeurs qui détachent du personnel. Cependant, afin de respecter le principe de proportionnalité, le montant maximal de l'amende est limité à 1000 francs en cas de violation de l'obligation de documentation. Par conséquent, les art. 9 et 12 Ldét s'appliquent également dans le cadre de la lutte contre l'indépendance fictive. Ces sanctions se sont avérées judicieuses et efficaces dans l'exécution de la Ldét. En présence d'un élément constitutif d'une infraction au sens de l'art. 9 Ldét, le coût des contrôles peuvent en outre être facturés aux personnes ou aux entreprises fautives.

1.2.2 Sanctions en cas d'infractions aux contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs

L'actuelle Ldét prévoit l'obligation pour les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs en Suisse de respecter les salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO. Les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse sont tenus de respecter ces salaires minimaux sur la base du CO. Cette obligation doit être ancrée dans la Ldét pour qu'une sanction correspondante puisse y être prévue. Le champ d'application de la Ldét doit par conséquent être adapté.

Afin d'ancrer une possibilité de sanction, l'actuel art. 9, al. 2 Ldét est complété par une nouvelle lettre permettant à l'autorité compétente d'infliger une amende de 5000 francs au plus à l'employeur fautif. On comble ainsi le vide légal en raison duquel l'autorité cantonale ne peut pas prononcer de sanction à l'encontre d'un employeur qui emploie des travailleurs engagés en Suisse sans respecter les salaires minimaux prévus par un contrat-type de travail. L'introduction de cette mesure permet d'instaurer une égalité de traitement entre les travailleurs indigènes et les travailleurs étrangers, puisqu'à ce jour, seuls les employeurs étrangers qui ne respectaient pas le salaire minimal impératif prévu par un contrat-type de travail étaient sanctionnés, en vertu de la Ldét, tandis que les employeurs suisses n'étaient passibles d'aucune sanction étatique. Si les faits constitutifs visés à l'art. 12 Ldét sont avérés, ledit article permet en outre d'infliger une sanction pénale aux employeurs fautifs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse.

1.2.3 Sanctions en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure d'extension facilitée

La disposition visant l'extension facilitée doit être complétée de manière à ce qu'il soit désormais explicitement prévu d'étendre les possibilités de sanction prévues dans les conventions collectives de travail selon la procédure facilitée. En cas d'infractions, les commissions

paritaires peuvent prononcer des peines conventionnelles tant à l'encontre des entreprises dont le siège est en Suisse qu'à l'encontre des entreprises étrangères qui détachent des travailleurs en Suisse. Selon l'art. 2, al. 2^{quater}, Ldét, la possibilité d'infliger une peine conventionnelle prévue par une convention collective de travail étendue s'applique également aux employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse. Des peines conventionnelles peuvent aussi être prononcées à l'encontre des travailleurs fautifs. D'autres sanctions, comme un avertissement, sont également envisageables, mais pas l'éventuelle fermeture d'un chantier ou l'interdiction de travail. De telles mesures ne sont également pas admissibles dans une extension "traditionnelle" au sens de l'art. 1 LECCT.

Si la convention collective de travail prévoit la possibilité de facturer les frais de contrôle à l'encontre des entreprises fautives et des travailleurs fautifs, il doit être désormais possible d'étendre ces dispositions également. En principe, on peut admettre que les frais de contrôle sont déjà compris implicitement dans les dispositions sur les contrôles paritaires, mais cela doit être expressément indiqué par souci d'une meilleure clarté et de la sécurité du droit. Du fait que les employeurs et les travailleurs soumis à une convention collective de travail paient des contributions d'exécution, il n'est en principe pas possible de prélever des frais de contrôle et de procédure si une infraction aux dispositions de la convention collective de travail n'a pas été constatée. En présence de circonstances particulières (par exemple refus de se soumettre à un contrôle ou l'empêchement de celui-ci), les frais de contrôle et de procédure pourraient également être infligés en l'absence d'une violation de la convention ou si celle-ci ne pouvait pas être prouvée, pour autant que la convention collective de travail le prévoit explicitement. Outre les frais de contrôle, les frais de procédure peuvent également être mis à la charge des employeurs et des travailleurs fautifs, également sous réserve que la convention collective de travail le prévoit.

Le contrôle du respect et de l'application des conventions collectives de travail étendues signifie des coûts importants pour les commissions paritaires. C'est pourquoi les employeurs et les travailleurs soumis à une convention collective de travail peuvent être contraints de payer des contributions aux frais d'exécution, afin de participer au financement de l'activité de contrôle. Cette possibilité manque dans la procédure d'extension facilitée. Aucune raison valable ne justifie cette différence de traitement entre l'extension "traditionnelle" et l'extension facilitée. C'est pourquoi le prélèvement de contributions aux frais d'exécution auprès des employeurs et des travailleurs soumis à une convention collective de travail doit être possible et admis également en cas d'extension facilitée. Les contributions aux frais de formation continue des conventions collectives de travail ne sont toutefois pas concernées. A l'avenir également, de telles contributions ne pourront pas être déclarées de force obligatoire en vertu d'une extension facilitée, parce que les frais en question sont sans lien avec la lutte contre la sous-enchère salariale (cf. art. 1a LECCT). Dans les conventions collectives de travail, il est donc nécessaire de distinguer les frais d'exécution des frais de formation continue. Si une convention collective de travail ne permet pas cette distinction, parce qu'un montant unique est prévu pour l'exécution et la formation continue, les partenaires à la convention collective de travail doivent changer la convention en répartissant ce montant. Au demeurant, la nécessité de procéder à une telle répartition découle déjà de l'art. 2 Ldét, car les conditions du prélèvement de contributions aux frais de formation continue auprès des entreprises détachant des travailleurs sont différentes de celles qui prévalent pour prélever des contributions aux frais d'exécution. En effet, les contributions aux frais de formation continue sont dues à partir du 91^{ème} jour en cas de détachement, alors que les contributions aux frais d'exécution sont dues dès le premier jour (art. 2, al. 2^{bis} et 2^{quater}, Ldét).

L'introduction de cette mesure établit en outre une équivalence de traitement entre les employeurs indigènes et les employeurs étrangers: à ce jour, seuls les employeurs étrangers qui avaient enfreint une convention collective de travail étendue selon la procédure facilitée pouvaient être sanctionnés en vertu de la Ldét, tandis que les employeurs suisses n'étaient pas passibles de sanction. Désormais, il sera également possible d'infliger une peine conventionnelle aux employeurs suisses qui auront enfreint une convention collective de travail étendue selon la procédure facilitée.

1.3 Justification et appréciation de la solution proposée

1.3.1 Mesures de lutte contre l'indépendance fictive

Globalement, le nombre d'indépendants soumis à l'obligation d'annonce a quasiment doublé entre 2005 et 2010. Sont soumis à l'obligation d'annonce les prestataires de services provenant des Etats de l'AELE et de l'UE-17 Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grande-Bretagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal et Suède. Depuis le 1^{er} mai sont en également soumis à l'obligation d'annonce, dans les branches de la construction, du nettoyage industriel et des services de surveillance et de sécurité, les prestataires de services indépendants provenant des Etats de l'UE-8 : Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie et Hongrie. Jusqu'au 1^{er} mai 2011, ces pays étaient encore soumis au régime de l'autorisation.

Si l'on considère le nombre de jours de mission des indépendants soumis à l'obligation d'annonce en Suisse, la situation est semblable. Les indépendants soumis à l'obligation d'annonce ne passent que peu de temps en Suisse. Ils fournissent un volume de travail correspondant à celui d'environ 2100 travailleurs à l'année, soit 0,06 pour cent de l'activité déployée en équivalents plein-temps. La plupart des indépendants soumis à l'obligation d'annonce sont engagés dans le second œuvre de la construction. Leur part à l'emploi avoisine 0,5 pour cent.

L'activité des organes de contrôle des mesures d'accompagnement a montré ce qui suit. En 2010, quelque 11 000 prestataires de services indépendants se sont annoncés en Suisse pour y travailler. Ces 11 000 annonces ne comprennent pas les personnes qui se sont annoncées dans le domaine des services à la personne, car il s'agit principalement de services de l'industrie du sexe. Certains cantons utilisent la procédure d'annonce pour saisir ces personnes, si bien que les personnes recensées dans la statistique des indépendants soumis à l'obligation d'annonce dans le domaine des services à la personne ne sont en majeure partie pas directement liées à l'objectif des mesures d'accompagnement (protection des conditions salariales et de travail). Sous l'angle de l'observation du marché du travail, la problématique de l'indépendance fictive ne se pose pas dans cette branche. Les personnes concernées ne sont pas contrôlées par l'autorité du marché du travail.

Les commissions paritaires ont contrôlé 3524 indépendants soumis à l'obligation d'annonce (selon les données des cantons, 3486 indépendants soumis à l'obligation d'annonce ont été contrôlés). Selon les indications des commissions paritaires, la proportion de cas supposés d'indépendance fictive était d'environ 23 pour cent en 2010 (15 pour cent selon les cantons). On a donc supposé une indépendance fictive pour quelque 2500 personnes annoncées en 2010. Dans certaines régions (p. ex. les régions frontalières) et dans certaines branches (p. ex. le second œuvre de la construction), le phénomène de l'indépendance fictive est plus marqué et toujours plus perceptible. Selon les indications fournies par les organes de contrôle des mesures d'accompagnement, certaines branches du second œuvre de la construction sont de plus en plus concernées par l'indépendance fictive (p. ex. carrelage, peinture et plâtrerie, menuiserie). Les indépendants fictifs se situent souvent au bout des chaînes de sous-traitants.

Selon le groupe de travail « indépendance fictive », les chiffres disponibles¹¹ ne permettent pas de se prononcer sur l'ampleur de l'indépendance fictive parmi les prestataires de services étrangers en Suisse et dans les diverses branches. Plusieurs raisons l'expliquent.

- Les chiffres disponibles ne permettent pas de ventiler le nombre d'indépendants soumis à l'obligation d'annonce entre les différentes branches du second œuvre de la construction.

¹¹ Cf. rapport FlaM du SECO (3 mai 2011), Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes Suisse – Union européenne.

- Les contrôles sur place couvrent également des prestataires de services indépendants non annoncés et qui, de ce fait, n'apparaissent pas dans la statistique. Il n'est donc pas possible de conduire des contrôles ciblés.
- Certains organes d'exécution n'étaient pas encore sensibilisés à la problématique de l'indépendance fictive. De plus, les conceptions divergeaient quant à la définition de l'activité indépendante et les organes de contrôle manquaient pour certains des instruments permettant de détecter l'indépendance fictive. La directive du SECO concernant la marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers a clarifié la situation à cet égard. Elle fournit aux organes de contrôle une procédure uniforme dans leur activité de contrôle. Pour les raisons mentionnées, la prudence est donc de mise au moment d'apprécier les cas supposés d'indépendance fictive relevés en 2010 et les années précédentes.

Le groupe de travail « indépendance fictive » ajoute que le phénomène de l'indépendance fictive s'accroît plus nettement dans les branches comportant des salaires minimaux impératifs, c'est-à-dire que l'incitation à éluder les salaires minimaux impératifs en simulant l'indépendance y est plus forte que dans les branches exemptes de tels salaires minimaux impératifs (où la sous-enchère par rapport aux salaires usuels n'entraîne pas une sanction pour l'employeur concerné, mais une procédure de conciliation visant le paiement rétroactif du salaire).¹² Les branches du second œuvre de la construction, très touchées par le phénomène de l'indépendance fictive, comptent de nombreuses CCT qui prévoient des salaires minimaux impératifs.

Certes, le phénomène de l'indépendance fictive n'est pas important compte tenu de la part à l'emploi des prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce. Mais dans certaines branches du second œuvre de la construction et dans certaines régions de la Suisse, les indépendants fictifs ont déjoué les mesures d'accompagnement et menacé le maintien du niveau des salaires.

La majorité des mesures proposées sont soutenues par le groupe de travail « indépendance fictive ».

1.3.2 Sanctions en cas d'infractions aux contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs

Actuellement, cinq contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO ont été édictés au niveau cantonal: Dans le canton de Genève dans la branche de l'esthétique et de l'économie domestique, dans le canton du Tessin pour les salons de beauté et les centres d'appel et en Valais, dans la maintenance et le nettoyage industriel. Au niveau fédéral, un contrat-type de travail a été édicté dans la branche de l'économie domestique. Dans certaines branches où des contrats-types de travail cantonaux ont été édictés, on a constaté des violations de salaires minimaux par des employeurs suisses. Dans quelques-unes de ces branches, les taux d'infraction sont très élevés.

La qualité pour agir des associations, que le législateur a introduite à l'art. 360e CO, renforce certes la protection du travailleur dans le cadre de la procédure civile, puisqu'elle l'encourage à introduire une action individuelle pour faire valoir ses droits, dès lors qu'il est établi qu'un contrat-type de travail n'est pas respecté. En effet, le travailleur est alors assuré d'obtenir gain de cause devant le juge civil. Mais de nombreux travailleurs devraient renoncer à faire valoir leur droit devant un tribunal par crainte de licenciement : si la résiliation du contrat de

¹² Le salaire usuel n'est pas indiqué par un montant de salaire unique, mais en général par une fourchette de salaires embrassant une large majorité des travailleurs d'une branche, d'un domaine professionnel ou d'une région déterminée. Une sous-enchère par rapport au salaire usuel survient, lorsqu'une personne gagne moins que le salaire défini ou la fourchette des salaires versés par une large majorité des entreprises d'une branche et d'une région aux travailleurs correspondants.

travail est jugée abusive, le travailleur reçoit une indemnisation équivalant au plus à six mois de salaire.

La protection fournie dans le cadre de la procédure civile est insuffisante, car elle ne couvre que les prétentions civiles auxquelles la partie concernée a droit. Même si celle-ci peut faire valoir ses droits, même si des arriérés de salaire sont effectivement versés, le respect des salaires minimaux constitue un intérêt de droit public. C'est pourquoi il faut créer une base légale permettant de sanctionner les employeurs fautifs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse. Il en va de la crédibilité de la mesure que représente le contrat-type de travail comportant des salaires minimaux impératifs et de l'égalité de traitement entre employeurs suisses et étrangers. En outre, cette possibilité de sanction vise au respect des salaires minimaux et au versement des arriérés de salaire.

1.3.3 Sanction en cas d'infractions aux conventions collectives de travail étendues selon la procédure facilitée

En complétant la disposition relative à l'extension facilitée des conventions collectives de travail, de manière à ce qu'il soit désormais explicitement possible d'étendre les possibilités de sanction prévues par lesdites conventions, par exemple les peines conventionnelles et les dispositions visant les frais de contrôle, on renforce l'efficacité de la mesure visant à faciliter l'extension des conventions collectives de travail.

1.4 Application

L'application des nouvelles dispositions n'entraîne aucune modification des compétences des organes d'exécution. Ceux-ci sont au demeurant d'ores et déjà chargés de contrôler l'indépendance et le respect des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO.

1.5 Classement d'interventions parlementaires

Le présent projet de loi permet de classer la motion Pedrina (11.3363), puisqu'il est prévu d'introduire des possibilités de sanction pour les employeurs suisses qui ne respectent pas les salaires minimaux impératifs des contrats-types de travail. Il est également possible de classer la motion Carobbio Guscelli (11.3364), la motion du groupe parlementaire PBD (11.3525), la motion Estermann (11.3604), la motion Lustenberger (11.3703) et la motion Hiltbold (11.3704), qui demandent que soient comblées les lacunes dans l'exécution des mesures d'accompagnement et, notamment, que soient prises des mesures pour lutter contre l'indépendance fictive, puisqu'il est prévu d'introduire une obligation de documentation pour les prestataires de services indépendants, des possibilités de sanction et la possibilité d'ordonner une suspension du travail. La proposition est faite de classer les interventions citées.

2 Commentaire

2.1 Loi fédérale sur les travailleurs détachés

Titre

Le domaine d'application de la loi est étendu aux contrôles d'employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse et auxquels s'appliquent un salaire minimal impératif fixé dans un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO. Ce changement doit se traduire par une adaptation du titre de la loi. On tiendra ainsi compte du fait que la loi ne s'applique plus seulement aux travailleurs détachés.

Le titre abrégé de la version allemande de la loi utilisé à ce stade n'est pas employé en pratique. On recourt plutôt au titre abrégé non officiel de « Entsendegesetz » et à l'abréviation « EntSG ». La modification du titre abrégé tient compte de cette situation, ce d'autant que la

loi s'adresse en premier lieu aux travailleurs détachés et à leurs employeurs. Ainsi, le titre en allemand est également adapté aux versions française et italienne. Dans la version française, le titre abrégé (« Loi sur les travailleurs détachés ») sera désormais complété par « Ldét », tandis que « Ldist » apparaît dans la version italienne.

Art. 1, al. 2

Objet et définition

Les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse doivent respecter les dispositions du CO. L'obligation pour ces employeurs de respecter les salaires minimaux impératifs des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO doit cependant être ancrée dans la Ldét, afin d'y introduire la possibilité d'une sanction correspondante. Par conséquent, le champ d'application doit être étendu à ces employeurs.

Le type des dispositions qui s'appliquent à ces employeurs est expressément indiqué. Il s'agit des dispositions visant le contrôle et les sanctions, soit l'art. 7, al. 1, let. b, al. 2 et 4, l'art. 9, al. 2, let. c, et l'art. 12.

L'al. 2 précise en outre que les salaires minimaux impératifs prévus par les contrats-types de travail au sens de l'article 360a CO doivent être respectés. On les délimite ainsi clairement des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail visés à l'art. 359 CO, auxquels un accord permet de déroger.

Art. 1^{bis}

Examen de l'activité lucrative indépendante

L'art. 1^{bis} prévoit que la preuve de l'activité lucrative indépendante implique la présentation de trois documents lors du contrôle effectué sur place. Il s'agit de documents que tout prestataire de services indépendant peut emporter et qui permettent de conclure au statut de la personne concernée. S'agissant des trois documents énumérés, il y a lieu de penser que leur titulaire les emporte de toute manière lors d'un engagement à l'étranger comme un permis de conduire par exemple. La force concluante des divers documents visés est la suivante : la confirmation de l'annonce renseigne sur la propre estimation du prestataire de services étranger quant à son statut ; le document des assurances sociales E 101¹³ renseigne sur le statut, en droit des assurances sociales, de la personne contrôlée dans son pays d'origine ; la copie du mandat, respectivement du contrat d'entreprise ou, en l'absence d'un tel document écrit, la confirmation écrite du mandant ou du maître d'ouvrage concernant le mandat ou le contrat d'entreprise à réaliser en Suisse fournit des indications sur la conception du rapport contractuel et sur le mandant ou le maître d'ouvrage qui, en cas d'indépendance fictive, serait obligé de respecter les conditions suisses en matière de salaire et de travail.

Les al. 3 et 4 prévoient que les autorités cantonales peuvent, dans deux cas, prendre des mesures à l'encontre des personnes, concrètement ordonner la suspension du travail. Premièrement, les autorités peuvent prendre de telles mesures si une personne ne remplit pas son obligation de documentation. Les personnes qui ne répondent pas aux exigences définies à l'al. 2 pour prouver leur statut d'indépendant ou qui ne transmettent pas de documents équivalents à ceux énumérés à l'al. 2, peuvent être expulsées de leur poste de travail à l'expiration d'un délai supplémentaire. En principe, les documents visés à l'al. 2 sont ceux le plus à même de prouver le statut d'indépendant. Ces documents devraient permettre, dans la plupart des cas, de vérifier le statut d'une personne. Eu égard au principe de proportionnalité, le prestataire de services indépendant doit toutefois conserver la possibilité de prouver son statut au moyen d'autres documents équivalents à ceux mentionnés à l'al. 2. Les documents suivants sont en particulier réputés équivalents : preuve de l'existence d'un cercle de clients en Suisse ; décomptes prouvant le propre établissement des factures ; décomptes de

¹³ A l'entrée en vigueur de la modification de l'annexe II de l'ALCP, le formulaire A 1 remplacera le formulaire E 101.

nuitées sur les lieux d'intervention avec l'indication de la personne qui a réglé les factures. Par conséquent, la suspension du travail ne pourra être ordonnée que si aucun document ou aucun document adéquat n'est présenté pour indiquer le statut d'une personne. La suspension de travail ne saurait donc intervenir qu'en dernier recours, à savoir si aucun document n'est présenté lors d'un contrôle ou s'il existe un risque que la personne concernée quitte prochainement la Suisse et empêche ainsi une clarification de son statut.

Les organes de contrôle (selon la branche dans laquelle une personne est active, ce sont les commissions paritaires ou les commissions tripartites) fixent un délai supplémentaire à la personne contrôlée sur place pour qu'elle puisse remettre les documents requis. On peut envisager un délai de deux à trois jours dans lequel les documents doivent être remis personnellement, par fax ou par courriel à l'organe de contrôle compétent. Le délai imparti peut être court, car les trois documents énumérés, respectivement les documents qui leur seraient équivalents peuvent être obtenus dans un bref laps de temps. Les organes de contrôle arrêtent la durée du délai de cas en cas, en fonction de la situation et en observant le principe de proportionnalité. Si les documents sont transmis, l'organe de contrôle vérifie le statut de la personne. Si le délai supplémentaire expire sans avoir été utilisé, autrement dit si la personne concernée ne remet pas les documents mentionnés à l'al. 2, l'autorité cantonale compétente apprécie l'opportunité d'ordonner la suspension du travail. En leur qualité d'organes de droit civil, les commissions paritaires ne sont pas habilitées à ordonner elles-mêmes la suspension du travail. Elles s'adressent donc à l'autorité cantonale. Il est envisageable qu'une suspension du travail soit ordonnée en particulier en cas de non-respect répété de l'obligation de documentation ou si les travaux effectués en Suisse sont sur le point de s'achever. Cependant, par exemple, si d'autres documents sont transmis que ceux mentionnés à l'al. 2, qu'ils concourent à prouver l'indépendance et permettent de clarifier le statut de la personne concernée, on devrait renoncer à ordonner la suspension du travail.

Au cas où une suspension du travail est ordonnée, elle peut être levée aux conditions suivantes : d'une part, si la personne soumise à l'obligation de documentation y satisfait et fournit les documents cités à l'al. 2 ou des documents équivalents ; d'autre part, si une personne dont on a établi le statut d'indépendant fictif reprend son activité dans des conditions de travail réglementaires. Cette mesure permet d'empêcher que des indépendants fictifs ne travaillent en Suisse, sans interdire toutefois une activité d'indépendant ni une activité de salarié.

Deuxièmement, les autorités peuvent ordonner une suspension du travail si un cas d'indépendance fictive est constaté, mais que l'employeur de l'indépendant fictif n'est pas trouvable. La mesure est alors judicieuse, car pour que soient appliquées les conditions suisses en matière de salaire et de travail, il faut trouver un employeur tenu de les respecter, que ce soit en vertu de la législation suisse. Dans ce cas, une suspension des travaux prend fin dès qu'il est établi qui est l'employeur.

Les lois applicables relatives à la procédure administrative réglementent la mise en œuvre de cette mesure.

Comme les trois documents ne devraient pas permettre dans chaque cas de clarifier sans ambiguïté le statut d'une personne, les organes de contrôle peuvent, à certaines conditions définies, prendre d'autres renseignements ou documents servant à prouver le statut d'indépendant. Ils peuvent faire usage de cette possibilité si les conditions prévues à l'al. 5 sont remplies, à savoir : si un doute subsiste quant au statut d'une personne malgré la présentation des documents visés à l'al. 2 ou de documents réputés équivalents, que ce soit parce que les observations sur place entrent contredirent le contenu des documents transmis ou que l'on ait des doutes quant à l'authenticité des documents en question. En ce qui concerne les autres documents susceptibles d'être demandés, il s'agit en particulier des pièces suivantes : patente, preuve du statut de membre d'une association professionnelle (p. ex. d'une chambre artisanale), le numéro de TVA ou d'ICHA, des décomptes prouvant le propre établissement de factures, des décomptes de nuitées au lieu d'intervention avec l'indication de la personne qui a payé les factures, quittances d'achat de matériel de travail et d'appareil, liste de clients en Suisse, assurance des véhicules automobiles (si un véhicule

En vertu de la let. e, il est possible d'imputer les frais de contrôle aux indépendants fautifs, c'est-à-dire à ceux qui violent leur obligation de documentation ou qui contreviennent à l'art. 12. Il s'agit en l'occurrence des frais de contrôle des autorités cantonales. Les commissions paritaires ne peuvent pas imputer leurs frais de contrôle. Certes, l'art. 8a de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét)¹⁵ prévoit que les commissions paritaires peuvent percevoir le montant de leurs frais de contrôle. Mais cette disposition ne vaut que si une convention collective étendue s'applique. Les indépendants à l'encontre desquels une sanction est prononcée en vertu de l'art. 9 ne sont toutefois pas des employeurs soumis aux dispositions d'une convention collective étendue.

L'autorité cantonale compétente peut également, en vertu de la let. e, imputer tout ou partie des frais de contrôle aux employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse et qui sont sanctionnés en raison du non-respect des dispositions d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO. Si les faits constitutifs visés à l'art. 12 sont avérés, une sanction pénale peut être envisagée.

2.2 Modification de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail

Art. 1a

En cas d'infractions, les commissions paritaires peuvent prononcer des peines conventionnelles tant à l'encontre des entreprises dont le siège est en Suisse qu'à l'encontre des entreprises étrangères qui détachent des travailleurs en Suisse. Les travailleurs peuvent également être visés par une peine conventionnelle. Si la convention collective de travail prévoit en outre la possibilité de facturer les frais de contrôle aux entreprises et/ou aux travailleurs fautifs, il faut donc également pouvoir procéder à l'extension de telles dispositions. De plus, la perception des contributions aux coûts d'exécution auprès des employeurs et des travailleurs assujettis doit désormais être possible et autorisée également dans le cadre d'une extension par la procédure facilitée. Cependant, les contributions de formation couvertes par les conventions collectives de travail ne sont pas concernées par cette disposition.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet de loi vise le renforcement de l'efficacité et l'amélioration de l'exécution des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Il ne crée aucune tâche nouvelle qui ne serait comprise aujourd'hui déjà dans l'organisation d'exécution actuelle. Aucune charge supplémentaire ne pèsera sur les finances fédérales, puisque la Confédération indemnise d'ores et déjà pour moitié les contrôles, effectués par les organes d'exécution des mesures d'accompagnement, visant les prestataires de services et les employeurs étrangers soumis aux dispositions d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO.

Le Département fédéral de l'économie (DFE) conclut régulièrement avec les cantons et les partenaires sociaux des accords de prestations couvrant le financement des activités de contrôle. Les accords de prestations actuellement en vigueur prévoient déjà une indemnisation des contrôles visant les prestataires de services indépendants et les employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse et pour qui un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO prévoit un salaire minimal.

La modification prévue de la LECCT n'entraîne pas d'accroissement des procédures liées à l'extension des conventions, puisque les conditions requises pour une telle extension ne va-

¹⁵ RS 823.201

rient pas. En ce qui concerne l'examen des dispositions visant l'admissibilité de l'extension d'une convention collective, il n'y a pas non plus de charge supplémentaire.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Comme pour la Confédération, le projet de loi n'entraîne pas de charges supplémentaires pour les cantons et les communes au titre de l'exécution des dispositions. L'extension des sanctions aux prestataires de services indépendants et aux employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse aura des effets positifs pour les cantons, puisqu'elle générera des recettes pour ces derniers.

3.3 Conséquences économiques

Les rapports publiés à ce jour par le SECO sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement montrent que les contrôles effectués et les sanctions prononcées dans le cadre des mesures d'accompagnement sont appropriés. Les faibles taux de récidive indiquent clairement l'importance que revêt la présence d'inspecteurs du travail sur place. Les organes de contrôle ont prouvé qu'ils ont bien développé leurs systèmes d'exécution et qu'ils atteignent leurs objectifs de contrôle, voire qu'ils sont en mesure d'intensifier leur action au besoin.

Les modifications proposées améliorent l'exécution. Le renforcement des mesures, objectivement justifiable, peut être globalement qualifié de modéré. Les chances d'accès au marché restent donc intactes pour les prestataires de services et les entreprises étrangères.

Le projet de loi ne constitue pas une réglementation excessive du marché du travail. Il contribue à améliorer l'efficacité de la mise en œuvre des instruments existants.

3.4 Conséquences financières et sur le personnel

Les modifications prévues n'ont pas de conséquence sur les finances ni sur le personnel, puisqu'elles n'engendrent pas de nouvelle tâche, mais qu'elles comblent plutôt des lacunes de manière à permettre notamment le sanctionnement des infractions.

4 Liens avec le programme de la législature et la planification financière

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011¹⁶ ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011¹⁷.

Le projet n'est pas prévu dans la planification financière. Les raisons découlent des explications qui précèdent.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

Les dispositions de cette loi se basent sur l'art. 110, al. 1, let. a et d, et sur l'art. 110, al. 2, de la Constitution fédérale (Cst.)¹⁸.

¹⁶ FF 2008 639

¹⁷ FF 2008 7745

¹⁸ RS 101

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Comme le mentionne le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE et sur les mesures d'accompagnement (FF 1999 5737), la Ldét repose sur la directive de l'UE concernant le détachement de travailleurs¹⁹. L'art. 22, annexe I, de l'ALCP se réfère explicitement à cette directive. Les mesures proposées dans le présent projet visent à étendre l'objet de la réglementation de la Ldét aux prestataires de services indépendants et aux employeurs qui emploient des travailleurs engagés en Suisse. Il en découle une protection plus efficace contre les abus des normes de protection du droit du travail applicables aux travailleurs. Les mesures proposées reposent exclusivement sur le droit national. On ne trouve pas de réglementation correspondante dans la directive sur le détachement des travailleurs et, fondamentalement, dans l'UE. En outre, le présent projet de loi ne contient aucune disposition qui ne soit compatible avec le droit européen et l'ALCP. On ne prévoit en particulier aucune mesure qui contreviendrait au principe de l'équivalence de traitement de l'ALCP.

Au demeurant, le projet ne contrevient à aucune obligation internationale de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet modifiant des lois fédérales en vigueur, il doit revêtir la forme d'une loi fédérale, conformément à l'article 164 Cst.

¹⁹ Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ; JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.