



Berne, 22 avril 2020

Rapport explicatif

Modification de la loi sur les travailleurs détachés

Synthèse

La motion Abate du 7 juin 2018 (18.3473 – « Optimisation des mesures d'accompagnement. Modification de l'article 2 de la loi sur les travailleurs détachés ») a été adoptée le 25 septembre 2019 par le Conseil des États et le 21 mars 2019 par le Conseil national. Elle charge le Conseil fédéral de présenter un projet de modification de l'article 2 de la 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 (loi sur les travailleurs détachés ; LDét) : le nouveau texte de loi prévoira la possibilité d'imposer aux employeurs étrangers qui détachent leurs travailleurs en Suisse qu'ils respectent également les conditions salariales minimales prescrites par une loi cantonale. Dans le développement de la motion, l'auteur évoquait l'intégration dans la constitution du canton du Tessin d'une prescription relative au salaire minimum à la suite d'une initiative populaire le 14 juin 2015 ainsi que l'adoption par le Conseil d'État du canton du Tessin du message sur la nouvelle loi correspondante en date du 8 novembre 2017. La motion 18.3473 vise à assurer que les salaires minimaux déterminés dans les lois cantonales deviennent également obligatoires pour les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs au Tessin.

La présente révision doit en outre permettre d'inscrire dans la loi sur les travailleurs détachés une disposition explicite relative aux conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite, soit le non-accomplissement ou l'accomplissement insuffisant des tâches d'exécution. L'objectif est de créer une base légale expresse pour la retenue et la restitution des participations financières de la Confédération aux coûts d'application de la législation sur les travailleurs détachés en cas de défaut d'exécution ou d'exécution imparfaite. Simultanément, une disposition correspondante doit également être intégrée dans la loi fédérale sur le travail au noir.

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Compétences pour la promulgation de lois cantonales sur le salaire minimum

Le canton de Neuchâtel a été le premier à introduire un salaire minimum, suite à l'acceptation par le peuple en 2011 d'une norme constitutionnelle l'autorisant à légiférer en ce sens. En application de cette norme constitutionnelle, le Grand Conseil du canton de Neuchâtel a modifié la loi cantonale sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl/NE)¹ en 2014. Plusieurs branches ont interjeté des recours devant le Tribunal fédéral contre cette décision, faisant entre autres valoir que les dispositions portaient atteinte à la liberté économique et à la liberté syndicale. Dans son arrêt du 21 juillet 2017², le Tribunal fédéral a rejeté les recours contre les dispositions portant sur les salaires minimaux dans le canton de Neuchâtel.

Le Tribunal fédéral a statué que la législation cantonale était une mesure de politique sociale, conforme au principe de la liberté économique garanti par la Constitution fédérale et ne violait pas le principe de la primauté du droit fédéral. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral a constaté que, dans ses travaux préparatoires relatifs à la loi, le Grand Conseil du canton de Neuchâtel avait justifié l'instauration d'un salaire minimum par la lutte contre la pauvreté en général et contre le phénomène des « working poor » en particulier. Il a jugé que le salaire horaire fixé à 20 francs était relativement bas et que le canton s'était ici fondé sur le montant des prestations complémentaires AVS/AI. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a estimé que les dispositions répondaient au principe de la proportionnalité au regard du système de dérogations qui y était prévu.

En matière de droit du travail, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons découle de l'art. 110 de la Constitution fédérale (Cst.)³ pour ce qui est du droit public et de l'art. 122 Cst. s'agissant du droit civil. L'art. 122 Cst. stipule que la législation en matière de droit civil – et donc également de droit du travail privé – relève de la compétence de la Confédération. Conformément à l'art. 110, al. 1, let. a et b Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs et sur les rapports entre employeurs et travailleurs. En introduisant la loi sur le travail (LTr)⁴, les ordonnances y afférentes, la législation sur le détachement des travailleurs et le CO, la Confédération a élaboré une réglementation très étendue concernant la protection générale des travailleurs.

Selon l'arrêt du Tribunal fédéral sur le salaire minimum du canton de Neuchâtel, la LTr règle d'une manière exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle, mais ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale.⁵ Dans ces limites, les cantons restent libres d'édicter des dispositions de droit public visant un autre but que la protection des travailleurs. Le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que les objectifs ainsi poursuivis par la législation cantonale neuchâteloise relèvent, de façon prépondérante, de la politique sociale. Il considère ainsi que les mesures inscrites dans le droit cantonal pourraient être qualifiées de mesures protectrices de droit public, dont l'adoption reste de la compétence des cantons (nonobstant les dispositions du droit privé fédéral en droit du travail).⁶ Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas expressément prononcé sur la question de savoir si les cantons étaient également autorisés à édicter un salaire minimum pour les travailleurs détachés.

1.1.2 Lois cantonales sur le salaire minimum

Les lois cantonales sur le salaire minimum entrées en vigueur à ce jour présentent des conceptions différentes, par exemple en ce qui concerne leurs champs d'application. Dans sa législation, le canton du Jura prévoit des salaires minimaux pour toutes les personnes travaillant sur son territoire,⁷ tandis qu'à Neuchâtel (et au Tessin également à compter du 1^{er} janvier 2021) la loi ne s'applique

¹ RSN 813.10

² Arrêt du Tribunal fédéral du 21 juillet 2017 (2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/20014, 2C_816/2014), ci-après « ATF salaire minimum Neuchâtel »

³ RS 101

⁴ RS 822.11

⁵ ATF salaire minimum Neuchâtel : consid. 7.5 ss.

⁶ ATF salaire minimum Neuchâtel : consid. 7.5.3

⁷ Art. 3 de la loi sur le salaire minimum cantonal du canton de Jura (822.41)

qu'à celles qui y travaillent habituellement⁸. Cela signifie que les salariés détachés (depuis l'étranger ou d'autres cantons) dont le lieu de travail habituel ne se trouve pas sur le territoire des cantons de Neuchâtel et du Tessin n'entrent pas dans le champ d'application de la législation cantonale sur le salaire minimum⁹. Des dérogations existent en outre pour certaines branches (agriculture, viticulture, etc.)¹⁰ ou pour certaines catégories de travailleurs (les stagiaires ou les participants à des mesures d'intégration sur le marché du travail par exemple)¹¹. Certaines lois cantonales comportent par ailleurs des dispositions relatives à la primauté d'autres salaires minimaux, tels ceux fixés par les conventions collectives de travail avec déclaration d'extension (CCT étendues) ou les contrats-types de travail (CTT) selon l'art. 360a du Code des Obligations (CO)^{12,13}. Les modalités de contrôle et d'application des salaires minimaux cantonaux varient également. Parfois même, aucune prescription n'est prévue à cet égard.

1.1.3 Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FlaM)

L'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 (ALCP)¹⁴ est entré en vigueur au 1^{er} juin 2002. La signature de cet accord a permis l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, autorisant dès lors les ressortissants suisses et les ressortissants de l'UE de choisir librement leur lieu de travail et de domicile sur le territoire des États membres. En outre, l'entrée en vigueur de l'accord a partiellement libéralisé les prestations transfrontalières de services de courte durée jusqu'à 90 jours par an. L'introduction progressive de la libre circulation des personnes s'est accompagnée de l'abandon, à compter du 1^{er} juin 2004, des contrôles préalables du respect des conditions usuelles de travail et de salaire en tant que condition d'octroi d'une autorisation de séjour et de travail. La crainte d'une pression sur les salaires ou, indirectement, d'une éviction de la main-d'œuvre indigène suite à l'ouverture du marché du travail suisse furent à l'origine de l'introduction des mesures d'accompagnement (FlaM). Le but de ces mesures est de lutter contre la sous-enchère abusive des conditions suisses de travail et de salaire ainsi que de garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises indigènes et étrangères.

Les mesures d'accompagnement comprennent principalement la loi sur les travailleurs détachés (LDét)¹⁵, l'extension facilitée des dispositions d'une convention collective de travail (CCT) et l'édition de contrats-types de travail (CTT). Les mesures d'accompagnement prévoient une observation générale du marché du travail ainsi que des contrôles ciblés des conditions de travail et de salaire auprès d'entreprises détachant des travailleurs en Suisse et auprès d'employeurs suisses. Il s'agit également de vérifier le statut des prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce.

Reposant sur des considérations de politique économique, la législation sur les travailleurs détachés vise à protéger les salariés (cf. à ce sujet l'art. 110 Cst.) et à lutter contre la sous-enchère salariale abusive. Le contrôle du respect des conditions minimales de salaire et de travail incombe aux organes d'exécution (commissions paritaires [CP] et commissions tripartites [CT]) (art. 7 LDét) et toute infraction à ces dispositions peut être sanctionnée (art. 9 LDét).

1.1.4 Conception et exécution des FlaM

La mise en œuvre des mesures d'accompagnement a été confiée à différents acteurs. Il s'agit ici d'une exécution duale avec des organes d'exécution disposant de compétences spécifiques. En l'absence de conditions minimales obligatoires fixées dans les CCT étendues (salaires, temps de travail, etc.), les CT cantonales contrôlent le respect des conditions de travail et de salaire usuelles dans les branches, les localités et les professions. Les CT sont en outre chargées de contrôler le

⁸ Art. 32b LEmpl/NE

⁹ Commentaire de l'art. 32b LEmpl/NE, Rapport du conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du 4 novembre 2013

¹⁰ Art. 32e LEmpl/NE

¹¹ Art. 32c LEmpl/NE

¹² RS 220

¹³ Art. 3, al. 3, de la loi sur le salaire minimum cantonal, Jura

¹⁴ RS 0.142.112.681

¹⁵ RS 823.20

respect des dispositions relatives aux salaires minimaux des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO.

Les CT sont composées de représentants des cantons, des associations patronales et des syndicats. Les CP sont quant à elles constituées de représentants syndicaux et patronaux d'une branche. La LDét confie aux CP, déjà chargées de veiller au respect des dispositions de la CCT par les employeurs suisses, le contrôle du respect de la CCT étendue par les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs en Suisse ainsi que la vérification du statut des prestataires de services indépendants actifs dans leur branche. L'exécution des mesures d'accompagnement, en particulier les contrôles réalisés sur le terrain, incombe aux organes d'exécution du canton ou de la branche. Des inspecteurs vérifient le respect des conditions suisses de travail et de salaire dans toutes les régions du pays et dans toutes les branches. Ils contrôlent les employeurs étrangers qui détachent du personnel en Suisse, les entreprises suisses et les prestataires de services indépendants soumis à l'obligation d'annonce. Les contrôles ont lieu tant sur place que par écrit. Si des infractions sont constatées, des mesures individuelles¹⁶ ou collectives¹⁷ peuvent être mises en place.¹⁸

1.1.5 Salaires minimaux en vertu de la LDét

En vertu de l'art. 2 LDét, les employeurs dont le siège est à l'étranger doivent, pendant la durée du détachement, respecter certaines conditions de travail et de salaire en vigueur en Suisse, dans la mesure où celles-ci sont réglementées par :

- des lois fédérales ;
- des ordonnances du Conseil fédéral ;
- des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et
- des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO.

L'art. 2 mentionne aujourd'hui ainsi uniquement les salaires minimaux prévus dans les CCT étendues et les contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs.

En ce qui concerne les lois fédérales et les ordonnances du Conseil fédéral applicables, il s'agit pour l'essentiel de droit public (notamment de la loi sur le travail et de ses ordonnances, de la loi fédérale sur l'assurance-accidents [LAA]¹⁹, de l'ordonnance sur l'assurance-accidents [OLAA]²⁰ et de la loi sur l'égalité [LEg]²¹). Mais le droit privé est aussi concerné dans certains cas (par ex. durée minimale légale des vacances selon le CO). Les lois et ordonnances adoptées sur le plan cantonal ou communal sont exclues, la Confédération étant en principe compétente pour légiférer sur le droit du travail (cf. commentaires au ch. 1.1.1). Les conditions minimales de salaire et de travail inscrites dans la loi sur les travailleurs détachés sont contrôlées par les CP et les CT conformément à l'art. 7 LDét, et leur non-respect peut être sanctionné en vertu des dispositions de l'art. 9 LDét.

1.1.6 Salaires usuels dans les localités et dans les branches

Les CT mises en place au niveau cantonal et fédéral ont été chargées par le législateur de vérifier si les conditions de salaire usuelles dans les localités, les professions et les branches sont respectées sur le territoire de leur canton²². Ces conditions de salaire et de travail « usuelles » reflètent la réalité économique et diffèrent en fonction de la profession et de la branche. On peut donc supposer que ces salaires usuels sont généralement supérieurs aux salaires minimaux des politiques sociales cantonales. Les CT observent l'évolution du marché du travail en général et examinent les cas suspects de sous-enchère salariale. Il leur revient d'évaluer s'il y a une sous-enchère salariale abusive et répétée. Contrairement à ce que prévoient les dispositions des CCT étendues ou des CTT, la sous-enchère par rapport aux conditions de salaire et de travail usuelles dans une branche ou une profession ne peut pas être corrigée et sanctionnée de manière individuelle. Dans un premier temps,

¹⁶ Par exemple, sanctions à l'encontre des employeurs suisses et étrangers fautifs.

¹⁷ Par exemple, extension facilitée de CCT ou édicton de CTT contenant des salaires minimaux impératifs.

¹⁸ Cf. à ce sujet Rapport FlaM 2018 – Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne

¹⁹ RS 832.20

²⁰ RS 832.202

²¹ RS 151.1

²² Art. 360b CO

les CT cantonales tentent trouver un accord avec les employeurs concernés (procédure de conciliation, art. 360b, al. 3, CO). Mais lorsqu'elles constatent une sous-enchère salariale abusive et répétée au sens de l'art. 360a, al. 1, CO, elles proposent à l'autorité cantonale compétente des mesures telles que l'édiction d'une extension facilitée de CCT²³ ou de CTT contenant des salaires minimaux impératifs.

1.1.7 Conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite

La loi sur les travailleurs détachés ainsi que la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)²⁴ prévoient une participation de la Confédération aux coûts de l'exécution de la loi. Selon l'art. 7a, al. 3, LDét, en relation avec l'art. 16d de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét)²⁵, la Confédération prend en charge 50 % des charges salariales que supporte le canton pour l'accomplissement des tâches de contrôle au sens de l'art. 7, al. 1, LDét et des tâches d'observation prévues à l'art. 360b, al. 3 à 5, CO. L'art. 7, al. 5, LDét, en relation avec l'art. 9 Odét, règle en outre l'indemnisation des tâches d'exécution qui incombent aux partenaires sociaux. Ces derniers ont droit à l'indemnisation des frais qu'entraîne pour eux l'application de la loi sur les travailleurs détachés en sus de l'exécution habituelle de la CCT (contrôle des prestataires détachés et des prises d'emploi soumises à l'obligation d'annonce). Les indemnités sont versées aux partenaires sociaux sous forme de forfait. Les conditions de la participation financière de la Confédération aux coûts liés aux tâches de contrôle et d'observation sont régies dans les accords annuels conclus entre le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche et, d'une part, les cantons ainsi que, d'autre part, les partenaires sociaux.²⁶

S'agissant du travail au noir, les contrôles sont financés par des émoluments perçus auprès des personnes contrôlées lorsque des atteintes au sens de l'art. 6 LTN ont été constatées.²⁷ La part des coûts salariaux des inspecteurs qui n'est financée ni par ces émoluments ni par des amendes est prise en charge à parts égales par la Confédération et par les cantons. Les conditions-cadres de la participation financière de la Confédération sont fixées dans les accords de prestations conclus entre cette dernière et les cantons.

La participation financière de la Confédération aux coûts juridiques de l'exécution de la loi sur les travailleurs détachés et de la loi sur le travail au noir est assimilable à des indemnités au sens de l'art. 3, al. 2, de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)²⁸. L'art. 28 LSu règle les conséquences juridiques du défaut ou de l'exécution imparfaite d'une tâche subventionnée uniquement pour les aides financières. Le législateur a délibérément renoncé à la promulgation d'une loi générale sur les conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite également dans le domaine des indemnités, étant d'avis qu'un tel acte législatif n'était pas à même de tenir compte de la diversité des situations.²⁹ L'art. 10, al. 1, let. e, ch. 1, LSu stipule par conséquent que les conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite de la tâche sont à prévoir dans les dispositions légales régissant les indemnités. À l'heure actuelle, les conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite ne sont réglées ni dans la loi fédérale sur le travail au noir ni dans l'ordonnance afférente. Il en va de même en ce qui concerne les mesures d'accompagnement: ni la loi ni l'ordonnance sur les travailleurs détachés ne contiennent de prescriptions à cet égard. C'est la raison pour laquelle la présente révision entend créer une disposition en ce sens dans la loi sur les travailleurs détachés et la loi fédérale sur le travail au noir.

1.2 Réglementation proposée

1.2.1 Intégration des salaires minimaux cantonaux dans la loi sur les travailleurs détachés

En vue de la mise en œuvre de la motion Abate (18.3473), le Conseil fédéral propose d'ajouter un al. 1^{bis} à l'art. 2 LDét. Ce nouvel alinéa impose aux entreprises de détachement de respecter les

²³ Art. 1a de la loi permettent d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, RS 221.215.311

²⁴ RS 822.41

²⁵ RS 823.201

²⁶ Art. 7a, al. 3, LDét, en relation avec l'art. 16b, al. 2, let. b et 16d Odét (indemnisation des cantons), ainsi qu'art. 7, al. 5, LDét, en relation avec l'art. 9, al. 3, Odét (indemnisation des partenaires sociaux)

²⁷ Art. 16 LTN et art. 7 s de l'ordonnance du 6 septembre 2006 sur le travail au noir (OTN ; RS 822.411)

²⁸ RS 616.1

²⁹ Message à l'appui d'un projet de loi sur les aides financières et les indemnités du 15 décembre 1986, FF 1987 I 369, 397

salaires minimaux cantonaux, pour autant que les travailleurs détachés entrent dans le champ d'application personnel et matériel des lois cantonales sur le salaire minimum.

1.2.2 Exécution des lois cantonales sur le salaire minimum

Un nouvel al. 1^{bis}, qui règle les compétences en matière d'exécution, est ajouté à l'art. 7 LDét. Les cantons doivent pouvoir contrôler le respect des dispositions cantonales sur le salaire minimum et assurer l'exécution conformément à leurs propres prescriptions. À cet effet, les articles de la loi sur les travailleurs détachés qui règlent son exécution seront exclus du champ d'application et il sera renvoyé aux dispositions correspondantes du droit cantonal respectif.

1.2.3 Règlement des conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite

Aux fins du règlement des conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite de la loi sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir par les organes d'exécution, le Conseil fédéral propose d'introduire le nouvel art. 7b dans l'AP-LDét et un art. 16a dans l'AP-LTN. L'al. 1 prévoit une réduction appropriée ou le non-paiement de l'indemnité, dès lors que la Confédération ne l'a pas encore versée, si l'organe de contrôle n'accomplit pas les tâches d'exécution conformément à l'accord et à la loi. L'al. 2 règle les conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite dans le cas d'indemnités qui ont déjà été versées et prescrit leur restitution avec intérêts. L'al. 3 prévoit un régime dérogatoire pour cas de rigueur. Ces dispositions entendent assurer que les ressources de la Confédération sont utilisées à bon escient et conformément au but visé pour l'exécution de la loi sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir.

1.3 Justification et appréciation de la solution proposée

Comme décrit à la section « Contexte », les prescriptions concernant le respect des dispositions relatives aux salaires minimaux dans le domaine des travailleurs détachés relèvent du droit du travail et leur règlement incombe au législateur fédéral. Ces prescriptions visent à lutter contre la sous-enchère abusive des conditions suisses de travail et de salaire ainsi qu'à garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises indigènes et étrangères.

En vertu de la Constitution et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons ont la possibilité de fixer des salaires minimaux, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure de politique sociale.

Si les salaires minimaux cantonaux relevant de la politique sociale sont inscrits dans la législation sur les travailleurs détachés, se pose alors la question de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. La réponse du Conseil fédéral à la motion mise en œuvre par le présent projet de loi portait déjà sur cette question constitutionnelle. Dans sa réponse, le Conseil fédéral a ainsi affirmé n'avoir aucune compétence pour élargir le champ d'application des lois cantonales sur le salaire minimal et déclarer ces dernières applicables, pour aller dans le sens de l'auteur de la motion, aux employées et employés détachés en les inscrivant dans une loi fédérale (LDét). Lors de la révision de la loi sur les travailleurs détachés, il convient en outre de tenir compte de l'interdiction de discrimination découlant de l'ALCP. Les CT cantonales doivent aussi pouvoir continuer à requérir aux entreprises de détachement de respecter les salaires usuels dans les localités et les branches plus élevés dans les cantons qui se sont dotés de lois sur le salaire minimum.

1.3.1 Compétence fédérale de contraindre les entreprises de détachement à respecter les conditions minimales de salaire

Les réglementations relatives aux conditions minimales de salaire et de travail auxquelles il est renvoyé dans la loi sur les travailleurs détachés ainsi que l'obligation de les respecter sont des dispositions qui, d'une part, doivent être ancrées dans le droit civil et, d'autre part, visent à protéger les travailleurs. Selon les art. 110 et 122 Cst., le droit du travail privé comme public relève en principe de la compétence de la Confédération. Le droit fédéral peut cependant déléguer certaines compétences aux cantons.

Selon l'auteur de la motion, les employeurs qui détachent leurs travailleurs en Suisse doivent également être tenus au respect des éventuels salaires minimaux prescrits par une loi cantonale. Les

salaires minimaux à respecter par les entreprises de détachement sont inscrits dans la loi sur les travailleurs détachés. C'est pourquoi les lois cantonales sur le salaire minimum devant s'appliquer à ces entreprises seront aussi inscrites à l'art. 2 LDét. Les entreprises de détachement ne peuvent toutefois être tenues de respecter les salaires minimaux cantonaux que si une telle obligation est prévue dans le champ d'application de la loi cantonale concernée. Cette réglementation figure au nouvel art. 2, al. 1^{bis}, AP-LDét.

1.3.2 Compétence cantonale de régler le champ d'application et l'exécution des salaires minimaux cantonaux

Comme expliqué au chapitre 1.1.1, les cantons possèdent la compétence d'édicter des lois sur le salaire minimum dans le seul domaine des mesures de politique sociale. Tant le Conseil fédéral (dans le cadre de la garantie des constitutions cantonales en vertu de l'art. 51, al. 2, Cst.) que le Tribunal fédéral a reconnu la compétence des cantons à édicter des réglementations sur le salaire minimum relevant de la politique sociale, qui visent à offrir une existence décente aux citoyens. Le salaire minimum doit leur permettre de subvenir à leurs besoins, sans recourir à l'aide sociale. Cela dit, la compétence d'élargir aux travailleurs détachés le champ d'application des lois cantonales sur le salaire minimum n'a pas également été octroyée aux cantons. En principe, cette mesure de politique sociale ne s'adresse pas aux travailleurs détachés, d'autant plus que leur domicile ne se trouve pas dans le champ d'application géographique.

Pour la mise en œuvre de la motion, une solution dans laquelle la décision concernant l'applicabilité aux travailleurs détachés des dispositions cantonales sur le salaire minimum incombe aux cantons a été retenue. Au sens d'une mise en œuvre conforme à la Constitution et eu égard à l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juillet 2017, la compétence pour la détermination du champ d'application de la loi cantonale prescrivant un salaire minimum et son exécution doit revenir aux cantons. Le nouvel art. 2, al. 1^{bis}, AP-LDét renverra par conséquent aux lois cantonales sur le salaire minimum pour ce qui est de l'applicabilité de leurs dispositions aux travailleurs détachés. Il appartient par conséquent aux cantons de définir le champ d'application de leurs lois dans ce domaine.

Le nouvel art. 7, al. 1^{bis}, AP-LDét confie aux cantons la responsabilité du contrôle du respect des lois cantonales sur le salaire minimum. D'une part, la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est garantie comme expliqué précédemment. D'autre part, on respecte ainsi la volonté du canton, en tant que législateur, en tenant compte de la manière dont il a conçu la loi et les modalités d'exécution de celle-ci.

1.3.3 Primauté de différents salaires minimaux

Dans la plupart des cas, le salaire minimum fixé par les lois cantonales n'est pas applicable si un tel salaire minimum est déjà prévu dans une CCT ou un contrat-type de travail. Mais si le droit cantonal ne contient pas de règles de conflit concernant l'applicabilité de différents salaires minimaux en vigueur ou concernant les sanctions (salaires minimaux cantonaux, salaires minimaux, salaires minimaux prévus par une CCT étendue ou un CTT), une entreprise de détachement risquerait en principe d'être sanctionnée deux fois. Sur la base de l'actuelle loi sur les travailleurs détachés, il est ainsi possible qu'une entreprise soit sanctionnée par l'organe d'exécution composé de partenaires sociaux si elle n'observe pas le salaire minimum fixé par une CCT étendue. Dans un canton qui s'est doté d'une loi sur le salaire minimal et qui, conjointement, prévoit un principe de primauté du salaire minimal cantonal, il se peut qu'un employeur soit – de surcroît – sanctionné par les autorités cantonales en vertu de ladite loi. Le risque d'une double sanction n'existe actuellement pas, car les lois cantonales sur le salaire minimum en vigueur excluent une telle possibilité. Dans le cas de futurs projets de loi visant les dispositions cantonales sur le salaire minimum, les cantons doivent cependant veiller à ce que les entreprises ne puissent pas être sanctionnées à plusieurs reprises.

1.3.4 Dispositions salariales impératives et non impératives

Comme expliqué dans le chapitre 1.1.6, les commissions tripartites cantonales (CT) ont été chargées par le législateur de vérifier si les conditions de salaire usuelles dans les localités, les professions et les branches sont respectées sur le territoire de leur canton. Ce mandat n'est pas affecté par les lois cantonales sur le salaire minimum.

1.3.5 Non-discrimination au sens de l'art. 2 ALCP

Si la loi cantonale sur le salaire minimum est exécutée de manière homogène sur le territoire du canton et identique pour toutes les personnes entrant dans son champ d'application, alors le principe de non-discrimination inscrit dans l'ALCP peut également être garanti.

La réglementation selon laquelle les dispositions cantonales sont déterminantes pour l'applicabilité aux travailleurs détachés permet en outre d'éviter un traitement différent des travailleurs détachés étrangers et suisses, ce qui irait à l'encontre de l'art. 2 ALCP, en relation avec les art. 17 et 19 de l'annexe I de l'ALCP. Lorsqu'ils légifèrent, les cantons sont également tenus d'observer les traités internationaux.

1.3.6 Conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la possibilité de demander la restitution des prestations financières versées à tort existe même en l'absence de base légale explicite. Par analogie avec les règles de droit privé concernant l'enrichissement illégitime (art. 62 ss. CO), le droit administratif reconnaît comme principe général que la restitution est due de ce qui a été reçu en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou d'une cause qui a cessé d'exister ou encore à la suite d'une erreur quant à l'obligation d'allouer des prestations.³⁰ Le principe général de droit tend cependant à comporter certaines imprécisions et généralisations, qui dans la pratique peuvent être source d'incertitudes et de divergences d'interprétation. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose la création d'une base légale expresse pour la réduction ou le non-paiement d'indemnités qui n'ont pas encore été versées selon les art. 7, al. 5 et 7a, al. 3 LDét et l'art. 16, al. 2 LTN, ainsi que pour la restitution d'indemnités déjà versées en cas de défaut d'exécution ou d'exécution imparfaite dans les nouveaux art. 7b AP-LDét et 16a AP-LTN. Le principe de légalité, applicable en droit administratif, est ainsi également pris en considération. Par ailleurs, une réglementation à caractère général et abstrait permet de garantir non seulement la sécurité du droit, mais aussi l'égalité de traitement de toutes les personnes percevant des indemnités.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Art. 2, al. 1^{bis}, LDét

En vertu du nouvel al. 1^{bis} de l'art. 2, les employeurs qui détachent des travailleurs en Suisse depuis l'étranger sont tenus de leur garantir un salaire minimum cantonal en vigueur, pour autant que ces travailleurs détachés entrent dans le champ d'application d'une loi cantonale sur le salaire minimum.

Le nouvel art. 2, al. 1^{bis} AP-LDét pose le principe selon lequel la loi cantonale est déterminante pour la définition du champ d'application personnel et matériel du salaire minimum cantonal. Dès lors que la loi cantonale déclare le salaire minimum applicable à toutes les personnes actives sur le territoire du canton, les employeurs étrangers seront à l'avenir aussi tenus de respecter les prescriptions cantonales en matière de salaire minimum (champ d'application personnel). Si, en revanche, une loi cantonale sur le salaire minimum exclut les personnes qui ne travaillent pas régulièrement sur le territoire du canton de son champ d'application, celui-ci ne s'en trouvera pas affecté par la présente révision de la loi sur les travailleurs détachés. Par ailleurs, il convient aussi de tenir compte des champs d'application matériels des salaires minimaux cantonaux. Si la loi exclut l'application du salaire minimum cantonal dans les branches dont les CCT, CCT étendues ou CTT prévoient déjà un salaire minimum, les mêmes dispositions s'appliquent aux entreprises de détachement concernées.

Le renvoi aux prescriptions cantonales en matière de salaire minimum à l'art. 2, al. 1^{bis}, AP-LDét vise également à indiquer aux entreprises de détachement étrangères qu'elles doivent consulter les lois cantonales sur le salaire minimum. Cet article contribue par conséquent aussi à accroître la transparence. Les entreprises de détachement peuvent facilement vérifier quel salaire minimum ou quel salaire usuel dans la localité et dans la branche elles doivent garantir à leurs travailleurs détachés.

³⁰ ATF 124 II 570, p. 578 ss.

2.2 Art. 7, al. 1^{bis} LDét

En ce qui concerne l'exécution de la loi cantonale sur le salaire minimum, la loi sur les travailleurs détachés renvoie au droit cantonal, et notamment aux lois sur le salaire minimum. Par conséquent, le droit cantonal définit quels sont les organes chargés du contrôle du respect des salaires minimaux cantonaux, si des sanctions sont prévues en cas de non-respect et, dans l'affirmative, lesquelles. Si la loi cantonale sur le salaire minimum contient des prescriptions d'exécution, celles-ci sont ainsi applicables à tous les rapports de travail qui entrent dans le champ d'application des dispositions sur le salaire minimum (pour les employeurs et travailleurs tant suisses qu'étrangers). Cela permet de garantir l'égalité de traitement en matière de contrôle et de sanction pour toutes les personnes entrant dans le champ d'application des lois cantonales sur le salaire minimum.

Dans le cadre de leurs activités d'exécution et d'observation du marché du travail, les cantons ainsi que les CT cantonales peuvent décider de requérir les salaires usuels dans les localités et dans les branches et initier des procédures de conciliation.

Le régime d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés ne s'applique par conséquent pas à l'exécution de la législation cantonale sur le salaire minimum. C'est pourquoi la deuxième phrase de cet alinéa exclut les articles de la loi sur les travailleurs détachés qui se réfèrent à l'exécution des conditions minimales de salaire et de travail. Il est ainsi prescrit que le contrôle, le financement et les sanctions se basent sur le droit cantonal correspondant, de sorte que la surveillance de l'exécution des lois demeure de la compétence des cantons.

Tant les champs d'application que les dispositions d'exécution des lois cantonales sur le salaire minimum diffèrent fortement. Dans les cantons où la loi cantonale sur le salaire minimum n'est pas applicable si un salaire minimum est déjà fixé par une CCT étendue, une CCT ou un CTT, le risque de double contrôle ou de double sanction n'existe pas. Les cantons dans lesquels le salaire minimum cantonal prime en principe sur tous les autres doivent veiller dans leurs règles d'exécution à ce que les entreprises ne soient pas doublement contrôlées et sanctionnées.

2.3 Art. 7b LDét et art. 16a LTN

Ces articles seront introduits dans la loi sur les travailleurs détachés et la loi sur le travail au noir afin de créer une base légale expresse pour la réduction ou le non-paiement d'indemnités qui n'ont pas encore été versées (al. 1) ainsi que pour la restitution d'indemnités déjà versées en cas de défaut d'exécution ou d'exécution imparfaite (al. 2).

On parle d'*exécution imparfaite* lorsque le bénéficiaire de l'indemnité ne réalise pas les tâches d'exécution conformément aux dispositions légales applicables (prescrites notamment par la LTN, l'OTN, la LDét, l'Odét, le CO et la LSu) et aux conditions qui lui sont imposées dans les accords relatifs à l'exécution de la LTN et des mesures d'accompagnement conclus entre le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche et, d'une part, les cantons ainsi que, d'autre part, les organes paritaires. C'est en particulier le cas lorsque des contrôles trop peu nombreux ou trop coûteux sont effectués sans motif valable. Il y a également exécution imparfaite si les objets de contrôle requis ne sont pas tous vérifiés ou si des contrôles inappropriés en termes de temps, de lieu, de risque ou de personne sont réalisés, par exemple si les mêmes personnes et entreprises sont contrôlées sur des périodes rapprochées alors qu'aucune irrégularité n'a été préalablement constatée.

On parle de *défaut d'exécution* lorsque l'organe de contrôle ne procède à aucun contrôle au sens de la LTN ou de la LDét.

La Confédération préleve un intérêt moratoire de 5 % sur les indemnités déjà versées et qui doivent être (en partie) restituées (al. 2) pour défaut d'exécution ou exécution imparfaite. Le taux prévu de 5 % correspond à l'intérêt moratoire dû dans le cadre d'une restitution d'aides financières pour défaut d'exécution ou pour exécution imparfaite (art. 28 LSu) ainsi qu'au taux appliqué par le Tribunal fédéral aux intérêts moratoires sur les créances de droit public³¹.

³¹ ATF 95 I 258, p. 264

Par analogie à la réglementation correspondante des aides financières de la loi sur les subventions (art. 28 LSu), les intérêts commencent à courir à la date de paiement.

Tant pour la LDét que pour la LTN, la participation de la Confédération aux coûts d'exécution est versée de manière échelonnée aux bénéficiaires de l'indemnité. 80 % de l'indemnité sont versés au second semestre de l'année d'exécution x, sur la base de l'indemnisation estimée au milieu de l'année pour les douze mois en cours, et le reste au premier semestre de l'année x + 1, sur la base du décompte annuel des montants effectifs. Si un défaut d'exécution des tâches est déjà observable lors du versement de l'acompte au second semestre de l'année x, la Confédération doit en informer le bénéficiaire de l'indemnité et attirer son attention sur les conséquences qui en découlent dès ce moment conformément au principe de proportionnalité. Du fait de ce système d'indemnisation, les autorités peuvent renoncer à l'obligation de sommation prévue par la loi.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Conformément à la révision de la loi, les entreprises de détachement doivent à l'avenir pouvoir également être tenus de respecter les salaires minimaux cantonaux si la loi ad hoc le prévoit. L'exécution des salaires minimaux cantonaux est réglée dans les lois cantonales sur le salaire minimal et confiée aux cantons.

En principe, les cantons doivent réaliser les tâches liées à l'exécution administrative de dispositions fédérales sans dédommagement. Le versement d'une indemnité par la Confédération est justifié notamment s'ils sont appelés à accomplir des tâches qui vont au-delà de la simple exécution administrative de dispositions fédérales. Un tel versement doit en particulier être envisagé si la Confédération impose aux cantons des prescriptions rigoureuses quant à l'exécution de la loi fédérale. Or ce n'est actuellement pas le cas. En laissant l'intégralité de l'exécution des dispositions cantonales sur le salaire minimum aux cantons, l'indemnisation des contrôles des salaires minimaux par la Confédération n'est pas nécessaire. Cela vaut également pour le contrôle des travailleurs détachés, pour autant que ceux-ci entrent dans le champ d'application de la loi cantonale.

L'exécution des dispositions concernant les salaires minimaux cantonaux est confiée aux cantons, qui peuvent donc nommer un organe d'exécution. Certaines tâches sont parfois aussi affectées aux CT déjà existantes. Mais dès lors qu'il s'agit de l'observation du marché du travail au sens de l'art. 360b CO, cela ne doit pas générer de frais supplémentaires pour la Confédération.

Les mesures n'ont pas de conséquences en termes de personnel pour la Confédération.

3.2 Conséquences pour les cantons

Les lois cantonales sur le salaire minimum entrées en vigueur à ce jour s'appuient sur des initiatives constitutionnelles cantonales, qui doivent prendre la forme de mesures de politique sociale. Différentes lois règlent également les modalités de contrôle et d'exécution. Cela signifie que les cantons ont déjà évalué les répercussions financières du salaire minimum cantonal à l'occasion de l'introduction des lois respectives. Si la loi prévoit en principe que les travailleurs détachés entrent aussi dans le champ d'application et que les travailleurs étrangers sont effectivement contrôlés, cela a également déjà été pris en compte dans le processus législatif.

Les contrôles du salaire minimum cantonal sont donc effectués et financés par les cantons, ce qui signifie que les éventuels surcoûts en découlant sont aussi à leur charge.

4 Aspects juridiques

4.1 Constitutionnalité

Le projet s'appuie sur l'art. 110, al. 1, let a, Cst., qui autorise la Confédération à légiférer en matière de protection des travailleurs. Les explications à ce sujet figurent aux chapitres 1.3.1 et 1.3.2.

Pour ne pas interférer avec la compétence des cantons à édicter des dispositions dans le domaine des mesures de politique sociale, la motion Abate 18.3473 est mise en œuvre conformément à la Constitution.

4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Comme mentionné dans le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels avec l'UE ainsi qu'aux mesures d'accompagnement (FF 1999 6435), la LDét s'appuie sur la directive européenne sur le détachement de travailleurs³². L'art. 22 de l'annexe I de l'ALCP fait expressément référence à cette directive. Avec le présent projet, la loi fédérale part du principe que les entreprises de détachement seront à l'avenir également tenues de respecter les salaires minimaux cantonaux, pour autant que leurs employés entrent dans le champ d'application personnel et matériel de la loi cantonale correspondante. Les cantons sont tenus de légiférer en observant les engagements internationaux de la Suisse.

Le règlement des conséquences du défaut d'exécution ou de l'exécution imparfaite des tâches d'exécution s'appuie uniquement sur le droit national.

4.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet modifiant des lois fédérales en vigueur, l'acte doit revêtir la forme d'une loi fédérale au sens de l'art. 164 Cst.

³² Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ; Journal officiel n° L 18 du 21.01.1997, p. 1.