



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO

Modification de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse

Rapport explicatif

24 février 2017

Table des matières

1	Contexte	3
1.1	Exécution des mesures d'accompagnement	3
1.2	Plan d'action en vue de l'amélioration des mesures d'accompagnement	4
2	La nouvelle disposition proposée	5
3	Explication concernant l'art. 16e Odét	6
4	Conséquences financières et en matière de personnel	6
4.1	Vue d'ensemble des contrôles	6
4.2	Conséquences financières liées à l'augmentation du nombre minimum de contrôles	6
4.2.1	Pour la Confédération	6
4.2.2	Pour les autorités cantonales	7
4.2.3	Pour les commissions paritaires	7
5	Entrée en vigueur.....	7

1 Contexte

La Suisse a adopté des mesures relatives au marché du travail parallèlement à l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre elle et la Communauté européenne le 1er juin 2002¹, de manière à éviter une mise sous pression des salaires sur son territoire en raison de l'ouverture du marché du travail. La loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (loi sur les travailleurs détachés, LDét)² constitue un pan important des mesures d'accompagnement (aussi appelées « FlaM »). L'art. 2, al. 1, LDét confère aux travailleurs détachés en Suisse dans le cadre d'une prestation de services le droit à des conditions minimales de travail et de salaire, qui sont prescrites surtout dans des lois fédérales, des conventions collectives de travail (CCT) étendues et des contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs au sens de l'art. 360a CO (art. 2, al. 1, LDét). En outre, des commissions tripartites (CT) ont été instituées au niveau fédéral et cantonal pour assurer l'observation du marché du travail (art. 360b CO).

1.1 Exécution des mesures d'accompagnement

Les mesures d'accompagnement suivent la logique de l'abus. Leur mise en œuvre a été confiée à différents acteurs. Il existe un dualisme dans l'exécution qui se caractérise par des acteurs différents dans les branches régies par des CCT étendues, imposant des salaires minimaux, et celles qui en sont dépourvues.

Les CT actives au niveau cantonal et fédéral observent l'évolution du marché du travail en général, investiguent les cas donnant lieu à un soupçon de sous-enchère et proposent des mesures aux autorités cantonales compétentes lorsqu'elles constatent une sous-enchère abusive et répétée. Dans les branches régies par une CCT étendue, le contrôle du respect de la CCT en question incombe à la commission paritaire (CP) chargée de son application, qui peut sanctionner une entreprise fautive au moyen d'une peine conventionnelle. Lorsqu'une CP constate une infraction, l'entreprise étrangère fautive peut être sanctionnée de manière complémentaire en vertu de la LDét (amende ou interdiction à l'entreprise d'offrir ses services en Suisse).

La loi sur les travailleurs détachés impose aux cantons de disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs pour effectuer les tâches de contrôle prévues par l'art. 7, al. 1, let. b, LDét (contrôle des travailleurs détachés dans les branches régies par un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux impératifs) et pour assurer les tâches d'observation des commissions tripartites conformément à l'art. 360b, al. 3 à 5, CO (contrôles du marché du travail en ce qui concerne tous les autres rapports de travail). Le nombre suffisant d'inspecteurs actifs pour les commissions tripartites se détermine en particulier en fonction de la taille et de la structure du marché du travail concerné (art. 7a, al. 2, LDét). La Confédération prend en charge 50 % des frais de salaire des inspecteurs actifs pour les commissions tripartites. Le SECO peut conclure des accords de prestations avec les cantons (art. 7a, al. 3, LDét).

En ce qui concerne les commissions paritaires, la situation est différente parce que le contrôle du respect des dispositions d'une CCT fait partie de son exécution normale. La loi sur les travailleurs détachés confère aux commissions paritaires la responsabilité du contrôle des entreprises qui détachent des travailleurs dans les branches pourvues d'une CCT étendue (art. 7, al. 1, let. a, LDét) ; la Confédération ou les cantons prennent en charge les frais supplémentaires à l'exécution normale de la CCT occasionnés aux commissions paritaires par l'exécution de la LDét (art. 9 de l'ordonnance sur les travailleurs détachés ; Odét).

¹ Accord du 21 juin 1999 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 ; RS **0.142.112.681**

² RS **823.20**

L'Odét contient des prescriptions concernant le volume de l'activité d'inspection (art. 16a), les accords de prestations (art. 16b) et le financement (art. 16d) mais elle ne contient pas d'objectifs quantitatifs pour l'activité de contrôle exercée par chaque organe de contrôle. Ces derniers sont fixés dans les accords annuels de prestations entre le SECO et les cantons.

Les domaines ainsi que le type de prestataires à contrôler se répartissent comme suit :

Tableau 1: Domaine du contrôle et prestataires à contrôler selon les organes de contrôles

Organes de contrôle	Domaine du contrôle	Prestataires à contrôler
CP	Branches couvertes par une CCT étendue	<ul style="list-style-type: none"> • Travailleurs détachés • Prestataires indépendants (vérification du statut d'indépendant) • Employés³ engagés auprès d'un employeur suisse
CT	CTT avec salaires minimaux impératifs selon art. 360a CO	<ul style="list-style-type: none"> • Travailleurs détachés • Prestataires indépendants (vérification du statut d'indépendant) • Employés⁴ engagés auprès d'un employeur suisse
CT	Activités de surveillance du marché du travail selon art. 360b CO	<ul style="list-style-type: none"> • Travailleurs détachés • Prestataires indépendants • Employés⁵ engagés auprès d'un employeur suisse

1.2 Plan d'action en vue de l'amélioration des mesures d'accompagnement

Depuis leur introduction en 2004, les FlaM ont été renforcées et optimisées à plusieurs reprises. Le SECO, les cantons, les CT et les CP s'emploient à accroître l'efficacité et l'efficacités dans l'exécution des FlaM par des mesures d'améliorations appropriées. Le 18 décembre 2015, le Conseil fédéral a adopté, en lien avec la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. sur l'immigration, des mesures supplémentaires en vue de lutter contre les abus sur le marché du travail. Il a notamment adopté le message relatif à la modification de la loi fédérale contre le travail au noir (LTN) et fixé les étapes à suivre pour l'aménagement à venir des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes Suisse-UE. Il a en outre décidé d'un nouveau renforcement des mesures liées à l'initiative visant à combattre la pénurie de personnel qualifié (FKI).

En décembre 2015, le Conseil fédéral a mis en place, dans le cadre des FlaM, un groupe de travail nommé «Besoin d'amélioration de l'exécution et de la lutte contre les abus dans le cadre des mesures d'accompagnement». Il a chargé ce groupe de travail, placé sous la conduite du SECO et composé de représentants des partenaires sociaux, des cantons et de l'administration fédérale, de s'entendre sur des mesures visant à lutter contre les abus et de lui soumettre des propositions à ce sujet.

³ Travailleurs indigènes ou étrangers

⁴ Travailleurs indigènes ou étrangers

⁵ Travailleurs indigènes ou étrangers

Le groupe de travail a présenté en février 2016 un rapport sur les résultats de ses travaux. Il a proposé au Conseil fédéral un plan d'action destiné à améliorer l'exécution des FlaM. Le Conseil fédéral a approuvé ce plan d'action et mandaté le DEFR et le SECO pour le concrétiser et le mettre en œuvre en collaboration avec le groupe de travail «Besoin d'amélioration de l'exécution et de la lutte contre les abus dans le cadre des mesures d'accompagnement».

Le 23 novembre 2016, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport sur la concrétisation du plan d'action et chargé le DEFR de mettre en œuvre ou de poursuivre l'amélioration des mesures proposées. Il lui a en outre confié le mandat de préparer une modification de l'Odét introduisant une augmentation du nombre de contrôles liés aux mesures d'accompagnement pour le faire passer de 27 000 par an actuellement à 35 000 par an.

2 La nouvelle disposition proposée

Le 1^{er} janvier 2010, un nombre minimum impératif de contrôles a été fixé dans l'art. 16e Odét. Simultanément, une augmentation appropriée du volume global des contrôles auprès des travailleurs détachés et des entreprises suisses a été opérée. Cette augmentation était liée à la libéralisation progressive des prestations de services et à l'ouverture progressive du marché du travail à l'égard des nouveaux Etats membres de l'UE, qui ont été complètes fin avril 2011. Une extension de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) à la Roumanie et à la Bulgarie était par ailleurs prévue. Afin d'éviter une dilution de la densité des contrôles allant de pair avec cette extension, le nombre de contrôles fixé dans les accords de prestations conclus avec les organes de contrôle a été augmenté de 20 %, passant de 22 500 à 27 000 par an. Cette augmentation prenait en compte l'élargissement des possibilités de recrutement par les entreprises à des pays caractérisés par des salaires considérablement plus bas.

Le nombre de prises d'emploi de courte durée soumis à l'obligation d'annonce (jusqu'à 90 jours) a augmenté de manière continue depuis 2010. Tandis qu'en 2010, ce nombre était de 147 116, il a ensuite fortement augmenté avant de se stabiliser autour de 220 000 à partir de 2013. En 2015, il s'établissait à 227 067. L'emploi de frontaliers a aussi pris beaucoup d'ampleur au cours de la même période. Fin 2010, la Suisse comptait 234 000 frontaliers, fin 2015, ils étaient 304 000.

Le Conseil fédéral a tenu compte de cette évolution et a posé, au printemps 2014, les bases permettant aux organes d'exécution d'augmenter, dans des cas justifiés, le nombre de contrôles indemnisés par la Confédération. Les cantons de Genève et du Tessin ont eu recours à cette possibilité. L'exemple a montré que des contrôles élargis sont nécessaires notamment dans les branches sensibles et dans certaines régions frontalières. Le taux d'infraction élevé des entreprises de détachement dans certaines branches (le secteur du second œuvre par exemple présentait un taux d'infractions de 30 % en 2015) montre la pertinence d'effectuer des contrôles supplémentaires, comme le font déjà les cantons.

Une augmentation des objectifs de contrôle permettrait également de mieux représenter l'activité actuelle de contrôle, de piloter l'exécution à partir d'une base plus appropriée et de prendre en compte la hausse du nombre de prestataires de services soumis à l'obligation d'annonce et de frontaliers, enregistrée depuis 2010.

Cette question n'a pas débouché sur un accord au sein du groupe de travail «Besoin d'amélioration de l'exécution et de la lutte contre les abus dans le cadre des mesures d'accompagnement». Alors que les représentants des travailleurs préconisaient un passage des objectifs à 50 000 contrôles par an, les associations d'employeurs rejetaient toute augmentation. Les représentants des cantons et le SECO se sont prononcés en faveur d'une augmentation de 30 %, à savoir un passage de 27 000 à 35 000 contrôles. Cette adaptation permet de répondre aux données actuelles et garantit la densité de contrôles nécessaire.

Il convient ici de tenir compte d'une part du fait que les améliorations déjà mises en œuvre et celles prévues en matière d'exécution visent une augmentation de la qualité des contrôles. Or une augmentation des objectifs de contrôle et une élévation des exigences de qualité de ces derniers engendreront un surcoût financier pour les organes d'exécution ainsi que pour la Confédération en tant qu'organe de surveillance. D'autre part, dans l'ordonnance sur les travailleurs détachés, les objectifs de contrôle comprennent également les contrôles effectués

par les CP auprès des employeurs suisses. Ces contrôles ne sont pas financés par la Confédération et ne sont pas soumis à la compétence d'édicter des directives du SECO (cf. chap. 4.2.3).

3 Explication concernant l'art. 16e Odét

La formulation actuelle de l'art. 16e relative aux objectifs en matière de contrôle est maintenue, seul le nombre annuel de contrôles de 27 000 est remplacé par celui de 35 000.

4 Conséquences financières et en matière de personnel

4.1 Vue d'ensemble des contrôles

Les contrôles supplémentaires seront attribués en considérant les indicateurs de taille des différents domaines de contrôles et de manière proportionnelle entre les cantons et les commissions paritaires. En regard aux risques identifiés, notamment en fonction de l'augmentation du nombre de frontaliers sur le marché du travail national, les contrôles supplémentaires seront réalisés auprès d'employeurs suisses. La part des employeurs suisses devant être contrôlé au niveau global passera, comme le prévoit le rapport du groupe de travail « Besoin d'amélioration de l'exécution »⁶, de 2 % à 3 % et de 3 % à 5 % au sein des branches en observation renforcée.

Le nombre de contrôles de travailleurs détachés est d'ores et déjà suffisant et ce en particulier au sein des secteurs qui présentent un risque important d'abus en termes de conditions de salaires. Certains secteurs tels que le second-œuvre ou l'industrie manufacturière présentent une proportion de personnes contrôlées dépassant 50 % respectivement 60 % des annonces.

Tableau 2: Vue d'ensemble des contrôles

	Objectifs à partir de 2010	Objectifs dès 2018
CP	11'215	15'215
CT	15'700	19'700
Totaux arrondis	27'000	35'000

4.2 Conséquences financières liées à l'augmentation du nombre minimum de contrôles

4.2.1 Pour la Confédération

L'art. 7a, al. 3, de la loi sur les travailleurs détachés prévoit que la Confédération prenne en charge 50 % des coûts salariaux engendrés par les activités de contrôle des CT cantonales selon le volume d'activité d'inspection. L'Odét à l'art. 16d, al. 1, précise que les coûts précités sont définis par les charges salariales liées à l'activité d'inspection. Afin de réaliser ce volume d'activité d'inspection, chaque canton doit disposer, selon l'art. 7a, al. 1, LDét, de suffisamment d'inspecteurs. Ce nombre est déterminé selon plusieurs indicateurs notamment en référence à l'art. 16a Odét. La stratégie de contrôle cantonale est également considérée.

⁶ SECO, « Mesures pour la concrétisation du plan d'action – Rapport du groupe Besoin d'amélioration de l'exécution et de la lutte contre les abus dans le cadre des mesures d'accompagnement », p. 20, 21 octobre 2016, disponible : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-64630.html>

L'augmentation du nombre de contrôles attribuée aux autorités cantonales s'élève à 4000⁷ contrôles supplémentaires par année dès 2018. Les accords de prestations conclus avec les autorités cantonales prévoient un nombre minimal de contrôles à atteindre de 15 700 actuellement. Pour atteindre cet objectif, la Confédération finance CHF 6 500 000.-. La part de l'augmentation du nombre minimal de contrôles selon l'Ordonnance, attribuée aux cantons, s'élève à 19'700. La définition d'exigences minimales de qualité d'un contrôle, évoquée dans le prochain paragraphe, ne permettra pas à tous les cantons de maintenir leur activité de contrôles à la densité actuelle.

Le rapport du groupe de travail « Besoin d'amélioration de l'exécution » destiné à concrétiser le plan d'action approuvé par le Conseil fédéral préconise un renforcement qualitatif conséquent en termes d'exécution des mesures d'accompagnement. La mesure n° 3 du rapport⁸ précitée prévoit notamment la définition d'exigences minimales de qualité d'un contrôle pour les autorités cantonales. Fixer des exigences renforcées au niveau du contrôle engendrera invariablement une réduction quantitative du volume d'inspection réalisable avec les ressources actuellement à la disposition des cantons.

Comme le prévoit la législation, afin que la Confédération puisse attribuer le financement suffisant aux autorités cantonales, pour que celles-ci soient en mesure d'atteindre le nombre minimal de contrôles futur, une augmentation du crédit de CHF 1'600'000.- au maximum est à prévoir.

Considérant les CCT étendues par le Conseil fédéral, la Confédération prend en charge les coûts de l'activité d'inspection selon l'art. 9, al. 2, l'Odét. Selon l'art. 9, al. 3, ODét, l'indemnité précitée est calculée sur la base du coût des tâches d'exécution concernées.

En référence au point 4.1, les contrôles complémentaires devront être réalisés auprès d'employeurs suisses. Le contrôle des employeurs suisses par les commissions paritaires des CCT étendues fait partie de l'activité habituelle de la convention et aucun financement de la part de la Confédération n'est prévu.

4.2.2 Pour les autorités cantonales

Les coûts sont partagés à parts égales entre la Confédération et les cantons en regard de la loi. Les autorités cantonales devraient donc supporter une augmentation des coûts au maximum de CHF 1 600 000.

4.2.3 Pour les commissions paritaires

Les 4 000 contrôles supplémentaires attribués aux CP doivent être réalisés auprès d'employeurs suisses. Ces contrôles tombent sous l'exécution habituelle de la CCT et la structure réelle des coûts dans ce contexte varie fortement d'une branche à l'autre.

5 Entrée en vigueur

La modification de l'art. 16e Odét entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

⁷ Voir évolution selon « **Tableau 1**: Domaine du contrôle et prestataires à contrôler selon les organes de contrôles »

⁸ Rapport du SECO, op.cit., pp. 18-22.