

15.054

**Message
concernant la modification de la loi sur
les travailleurs détachés**

du 1^{er} juillet 2015

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une modification de la loi sur les travailleurs détachés en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

2013 M 13.3668 Améliorer l'application des mesures d'accompagnement et renforcer les instruments du partenariat social (E 27.08.13, Commission de l'économie et des redevances; N 11.12.13; points 1 et 2 adoptés)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

1^{er} juillet 2015

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes ont fait leur preuve au cours des onze dernières années. Leur efficacité peut toutefois encore être améliorée. C'est dans ce but qu'il est proposé de relever le montant maximal des sanctions administratives prévues par la loi sur les travailleurs détachés.

Contexte

Les mesures d'accompagnement entrées en vigueur le 1^{er} juin 2004 constituent une protection efficace des travailleurs indigènes et des travailleurs étrangers contre les sous-enchères salariales et les infractions relatives aux conditions de travail. Dans le cadre de ces mesures, il a été mis en place une observation du marché du travail et un contrôle des conditions de travail. Ainsi, en cas d'abus, il est possible de prendre des mesures aux niveaux tant individuel que collectif. Un réseau croissant de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire, un marché du travail étroitement surveillé et contrôlé, et même, si nécessaire, l'inscription de salaires minimaux dans des contrats-types de travail conformément à l'art. 360a du code des obligations ou dans des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire selon la procédure facilitée: ces différentes mesures ont contribué à ce que les conditions usuelles de travail et de salaire en vigueur localement dans les branches concernées ne se dégradent pas.

Les mesures d'accompagnement ont été renforcées à plusieurs reprises depuis leur entrée en vigueur et leur exécution fait continuellement l'objet d'améliorations.

Une nouvelle réforme ponctuelle s'est cependant révélée nécessaire après analyse de l'efficacité de ces mesures par les représentants de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux.

Contenu du projet

Il est prévu de modifier la loi sur les travailleurs détachés de manière à ce que le montant maximal des sanctions administratives qu'elle prévoit en cas d'infraction aux conditions minimales de salaire et de travail passe de 5000 francs à 30 000 francs. Cette mesure est destinée à renforcer le caractère dissuasif de la sanction et l'application effective des dispositions légales pertinentes qui s'appliquent en Suisse.

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Le 1^{er} juin 2002 est entré en vigueur l'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)¹. Avec l'introduction progressive de la libre circulation des personnes avec l'UE, le contrôle du respect des conditions usuelles de travail et de salaire qui constituait le préalable à l'octroi d'une autorisation de séjour a été supprimé le 1^{er} juin 2004. Or, comme la Suisse est un pays où le niveau salarial est élevé par comparaison avec l'UE, le danger existe que la libre circulation des personnes entraîne une pression sur les salaires. Pour compenser l'abandon des contrôles préalables et systématiques du marché du travail, il a été mis en œuvre des mesures d'accompagnement destinées à lutter contre la sous-enchère abusive relative aux conditions de travail et de salaire applicables en Suisse. Si des sous-enchères salariales sont constatées, il peut ainsi être recouru soit à des mesures individuelles, comme des sanctions à l'encontre des employeurs étrangers fautifs, soit à des instruments collectifs, comme l'extension facilitée de conventions collectives de travail ou l'édiction de contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs.

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

Elles comprennent pour l'essentiel les réglementations suivantes:

- La loi sur les travailleurs détachés (LDét) du 8 octobre 1999² oblige les employeurs étrangers à respecter les conditions minimales de travail et de salaire qui sont prescrites par les lois fédérales, les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a du code des obligations (CO)³ vis-à-vis des travailleurs détachés en Suisse dans le cadre de la réalisation d'une prestation de services transfrontalière.
- En cas de sous-enchère salariale abusive et répétée, les dispositions d'une convention collective de travail sur, notamment, les salaires minimaux, la durée du travail correspondante 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)⁴. Cette mesure s'applique tant aux entreprises indigènes qu'aux entreprises détachant des travailleurs.
- Dans les branches dans lesquelles il n'existe pas de convention collective, il est possible en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée d'édicter des contrats-types de travail contenant des salaires minimaux impératifs au sens

1 RS 0.142.112.681

2 RS 823.20

3 RS 220

4 RS 221.215.311

de l'art. 360a CO. Cette mesure s'applique à toutes les entreprises de la branche concernée.

La mise en œuvre des mesures d'accompagnement a été confiée à différents acteurs. Il existe en effet un dualisme dans l'exécution entre les branches qui sont soumises à une convention collective de travail déclarée de force obligatoire et les branches sans convention collective de travail déclarée de force obligatoire.

Adaptations et améliorations des mesures d'accompagnement depuis leur entrée en vigueur et améliorations de l'exécution

L'extension de l'ALCP aux dix nouveaux Etats membres entrés dans l'UE en 2004 a amené le 1^{er} avril 2006 à renforcer l'efficacité et l'exécution des mesures d'accompagnement. L'exécution des mesures d'accompagnement a encore été optimisée le 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 consistaient notamment en: l'obligation pour les cantons de disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs du marché du travail, des sanctions renforcées, l'obligation pour les prestataires de services indépendants de prouver leur statut, l'application de certaines dispositions de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire aux prestataires de services étrangers (en particulier l'obligation de déposer une caution et de payer les contributions aux frais d'exécution)⁵, ainsi que la définition d'un nombre impératif de contrôles à réaliser chaque année (27 000), décidée dans le cadre de la modification du 4 novembre 2009⁶ de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét)⁷.

Le 1^{er} janvier 2013 ont été comblées des lacunes supplémentaires que présentait la législation relative aux mesures d'accompagnement, dont l'exécution a été rendue plus efficace⁸. Il a notamment été mis en place des mesures pour lutter contre l'indépendance fictive des prestataires de services étrangers, avec l'obligation de fournir des documents et de nouvelles possibilités de sanction.

Le 15 juillet 2013 est entrée en vigueur la responsabilité solidaire renforcée pour les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre⁹. Elle permet de rendre l'entrepreneur contractant responsable du non-respect des conditions de travail et de salaire par ses sous-traitants. La mise en œuvre de la responsabilité solidaire a été concrétisée par la modification du 26 juin 2013 de l'Odét¹⁰.

Outre les progrès précités, l'exécution des mesures d'accompagnement a continuellement été améliorée, par exemple au moyen de directives et de recommandations adressées aux organes d'exécution par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance. Les journées de formation organisées dans le cadre du projet mené par le SECO, les commissions paritaires, les associations

⁵ Cf. l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'Accord entre la Suisse, d'une part, et la CE et ses Etats membres d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la CE et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes; RO **2006** 979

⁶ RO **2009** 5655

⁷ RS **823.201**

⁸ RO **2012** 6703

⁹ RO **2013** 2121

¹⁰ RO **2013** 2123

impliquées dans la réalisation des contrôles et les cantons en vue d'optimiser les méthodes de travail des commissions paritaires et la collaboration avec les cantons, ont également contribué à cette amélioration, tout comme la réalisation d'audits.

Analyse de l'efficacité des mesures d'accompagnement en 2013 et 2014 et reconnaissance de la nécessité d'intervenir

De juillet 2013 à février 2014, un groupe de travail composé de représentants de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux a dressé un bilan de l'efficacité du système actuel de mesures d'accompagnement et examiné l'opportunité d'une intervention.

Le groupe de travail a soumis au Conseil fédéral des recommandations comportant des mesures d'amélioration à prendre au niveau de la loi et de l'ordonnance¹¹. Le 26 mars 2014, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport et décidé de prendre plusieurs mesures d'amélioration, dont la mise en œuvre a été confiée au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) et au Département fédéral de justice et police (DFJP).

La motion 13.3668 «Améliorer l'application des mesures d'accompagnement et renforcer les instruments du partenariat social» de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats, datée du 27 août 2013, chargeait le Conseil fédéral d'exposer de manière détaillée les lacunes existant en matière d'exécution des mesures d'accompagnement sur le marché du travail et de présenter un plan de mesures visant à remédier à ces lacunes au niveau de la Confédération et des cantons. Le 13 septembre 2013, le Conseil fédéral a proposé d'accepter cette motion, compte tenu qu'elle le confirmait dans sa volonté de porter une attention particulière à l'exécution des mesures d'accompagnement.

Possibilités d'amélioration sur le plan légal

Le 19 septembre 2014, le Conseil fédéral a lancé la procédure de consultation concernant la loi fédérale sur l'optimisation des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes¹², qui a pris fin le 19 décembre 2014. Le projet contenait des mesures visant à faciliter l'extension du champ d'application de conventions collectives de travail ou portant sur la prorogation de contrats-types de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs au sens de l'art. 360a CO. Il incluait également l'augmentation du montant maximal des sanctions prévu par la LDét.

Les participants à la consultation se sont montrés critiques par rapport au projet. Les mesures qui concernaient l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail ont ainsi été nettement rejetées. En revanche, l'augmentation proposée du montant maximal des sanctions prévu par la LDét a, elle, été accueillie positivement par la majorité des participants.

Le 1^{er} avril 2015, après avoir pris connaissance du résultat de la consultation, le Conseil fédéral a décidé de suspendre provisoirement la mise en œuvre des propo-

¹¹ Le rapport peut être consulté sous: www.seco.admin.ch > Documentation > Publications et formulaires > Etudes et rapports > Travail.

¹² Les documents relatifs à la procédure de consultation peuvent être consultés sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > DEFR.

sitions relatives à l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail et aux contrats-types de travail.

Dans le cadre des travaux de mise en œuvre de l'initiative «Contre l'immigration de masse», il s'agira d'examiner comment adapter les mesures d'accompagnement au nouveau système d'autorisation. Le Conseil fédéral a chargé le DEFR de prendre en compte dans cet examen les mesures concernant l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail et les contrats-types de travail.

Toujours le 1^{er} avril 2015 et parallèlement à la révision prévue de la loi du 17 juin 2005¹³ sur le travail au noir, le Conseil fédéral a par ailleurs décidé de poursuivre la procédure visant à relever le montant maximal des sanctions prévu par la LDét et de présenter un message en ce sens au Parlement en octobre 2015 au plus tard.

Le 6 mai 2015, lors d'une rencontre entre le chef du DEFR et les partenaires sociaux, les représentants des travailleurs ont exprimé le souhait que la question de l'augmentation du montant maximal des sanctions prévue par la LDét fasse l'objet d'un examen anticipé, à quoi les représentants des employeurs ont acquiescé. Les partenaires sociaux sont ainsi tombés d'accord pour admettre que la révision de la LDét devait se limiter strictement à l'augmentation du montant maximal des sanctions et qu'une modification rapide du texte commandait de défendre cette position dans le cadre du processus parlementaire.

En ce qui concerne les résultats de la consultation pour chacune des propositions qui concernaient l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail et les contrats-types de travail, il est renvoyé au rapport sur les résultats de la procédure de consultation¹⁴.

Améliorations touchant l'exécution

Le 26 mars 2014, en complément aux modifications législatives, le Conseil fédéral a chargé les départements compétents de mettre en œuvre les mesures réglementaires suivantes, ce qu'ils ont fait ou commencé de faire:

- Le 1^{er} novembre 2014, une modification de l'Odét a permis dans le domaine de l'aménagement ou de l'entretien paysager de soumettre les prestataires de service étrangers à une obligation d'annonce ou d'autorisation à partir du premier jour de travail ou de mission.
- A la demande des organes de contrôle, le nombre des contrôles susceptibles de bénéficier d'un cofinancement de la Confédération a été augmenté pour une durée limitée dans les branches ou régions particulièrement touchées. Plusieurs organes de contrôle ont fait usage de cette possibilité.
- Il est actuellement examiné comment améliorer la procédure d'annonce en ligne pour les prestataires de services.
- Il a été mis en place à la fin 2014 un calculateur de salaire standardisé construit à partir des données de l'enquête sur la structure des salaires. Cet outil permet de déterminer les salaires usuels dans les différents cantons, qui s'en servent dans le cadre de l'observation du marché du travail.

¹³ RS 822.41

¹⁴ Le rapport peut être consulté sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > DEFR.

- Le projet visant à optimiser les méthodes de travail des commissions paritaires et la collaboration avec les cantons a été poursuivi.

1.2 Dispositif proposé

Le dispositif proposé implique une modification de la LDét.

Cette modification prévoit une augmentation de la limite supérieure des sanctions administratives qui peuvent être infligées en cas d'infraction commise par une entreprise étrangère détachant des travailleurs contre les conditions minimales de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ou encore les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO. Cette limite supérieure passerait ainsi de 5000 francs à 30 000 francs. Selon la gravité du cas, l'autorité de sanction compétente peut aussi, en lieu et place de cette sanction pécuniaire, prononcer une interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de un à cinq ans.

Afin d'assurer une égalité de traitement entre employeurs indigènes et employeurs étrangers, le projet prévoit que la limite supérieure de la sanction administrative soit aussi relevée à 30 000 francs pour les infractions commises par un employeur qui engage des travailleurs en Suisse contre les dispositions relatives au salaire minimum d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO.

La limite supérieure de 5000 francs de la sanction en cas d'infractions à l'obligation de fournir des documents commises par des prestataires de services qui se déclarent indépendants (art. 1a, al. 2, LDét), en cas d'infractions à l'obligation de garantir des conditions d'hébergement répondant aux normes habituelles par les employeurs détachant des travailleurs (art. 3 LDét) et en cas d'infractions à l'obligation d'annonce (art. 6 LDét) est par contre suffisamment élevée pour que la sanction reste efficace.

La nouvelle prescription impose par ailleurs dans certains articles de la LDét une adaptation des renvois qui sont faits à l'art. 9.

1.3 Appréciation de la solution retenue

Les infractions relatives aux conditions minimales de travail et de salaire par des prestataires de services étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse peuvent vite porter sur des sommes considérables. Aujourd'hui, les infractions de peu de gravité concernant les conditions de salaire et de travail peuvent faire l'objet d'une sanction administrative de 5000 francs au maximum, tandis que les infractions plus graves peuvent être sanctionnées par une interdiction faite à l'entreprise d'offrir ses services pendant une période pouvant aller jusqu'à cinq ans. Parallèlement à ces sanctions, les infractions commises dans des branches régies par des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire peuvent donner lieu à des peines conventionnelles et à des frais de contrôle. Or, les sanctions administratives aujourd'hui prévues ne sont pas de nature à imposer efficacement le respect des conditions minimales de salaire et de travail. Il peut ainsi se révéler plus avantageux pour un employeur étranger de s'acquitter du paiement d'une sanction pécuniaire que de

respecter la loi. C'est dire que la protection des travailleurs indigènes ou étrangers ne peut guère être assurée de cette manière.

Il en va de même pour les infractions relatives aux salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO qui sont commises par des employeurs employant des travailleurs en Suisse, qui elles aussi peuvent aujourd'hui être sanctionnées uniquement par une amende de 5000 francs au maximum. Or, là encore, ce plafond de 5000 francs est trop bas pour que la sanction soit réellement dissuasive.

C'est pourquoi il est judicieux de porter à 30 000 francs le montant maximal des sanctions administratives applicables dans les cas précités, puisque cela garantira une mise en œuvre plus efficace des conditions suisses de salaire et de travail.

Résultat de la consultation

La majorité des participants à la consultation ont approuvé le relèvement de la limite supérieure du montant des sanctions administratives prévues par la LDét. Cette mesure est même accueillie favorablement par nombre de participants qui par ailleurs se sont pourtant montrés hostiles au projet tout entier d'une loi fédérale sur l'optimisation des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes.

Les partisans de cette mesure voient dans l'augmentation du montant maximal des sanctions un renforcement de l'effet dissuasif. Ils considèrent qu'il ne doit pas être plus avantageux de payer le montant prévu par la sanction que de respecter les conditions minimales de salaire et de travail.

Certains participants à la consultation ont dit non à l'augmentation du montant maximal des sanctions en faisant valoir que cette mesure revenait à faire porter la surveillance du marché du travail par l'Etat non seulement sur les entreprises étrangères mais également sur les entreprises suisses, ce qui n'avait plus rien à voir avec la libre circulation des personnes. Ils ont en outre reproché au projet de se cantonner au seul renforcement de l'intervention des pouvoirs publics.

L'un des participants a demandé que soit créée une base légale permettant de sanctionner un prestataire de services étranger au moyen d'une interdiction d'offrir ses services en Suisse lorsqu'il ne verse pas la caution exigible.¹⁵

1.4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

La LDét se fonde sur la directive UE concernant le détachement de travailleurs¹⁶, à laquelle se réfère l'art. 22, al. 2, de l'annexe I, ALCP. Son art. 5 précise que les Etats membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la directive.

Lorsqu'ils ont transposé cette directive en droit interne, certains Etats membres de l'UE ont prévu des sanctions administratives et des peines parfois très lourdes.

¹⁵ Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation peut être consulté sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > DEFR.

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

On peut, à titre de comparaison, rappeler les sanctions prévues chez nos voisins allemand et autrichien. L'«Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz» (AVRAG)¹⁷ autrichienne (littéralement «loi d'adaptation du droit du contrat de travail»), qui transpose la directive UE en droit autrichien, prévoit au par. 7i des peines allant jusqu'à 50 000 euros en cas d'infraction relatives aux conditions minimales de salaire et aux conditions minimales de travail. L'«Arbeitnehmerentsendegesetz» (AEntG)¹⁸ allemande (littéralement: «loi relative au détachement de travailleurs») prévoit pour sa part des amendes allant jusqu'à 500 000 euros pour cette même infraction (cf. §23 AEntG).

1.5 Mise en œuvre

Dans le cadre de la consultation, les cantons ont exprimé diverses préoccupations quant à la mise en œuvre de la modification proposée de la LDét.

Certains cantons craignent que l'augmentation des montants ne se traduise par un net durcissement des critères de motivation de la sanction, avec à la clef une multiplication des procédures judiciaires. Ils font valoir la probabilité accrue de voir des entreprises étrangères créer en Suisse des sociétés éphémères uniquement pour honorer un contrat en particulier, et qu'il y a là des risques d'abus considérables auxquels les mesures d'accompagnement actuelles ne permettront pas de faire face. Selon deux commissions cantonales tripartites, l'expérience montre que plus l'amende est élevée, plus la disposition à la payer est faible.

Plusieurs cantons demandent que soit éclaircie la question de la délimitation entre les cas où s'impose une interdiction faite à l'entreprise d'offrir ses services en Suisse et ceux où une simple sanction pécuniaire suffit. Ils estiment que cette question doit être réglée sinon dans la loi, du moins de l'ordonnance ou dans le cadre du «catalogue des sanctions»¹⁹ établi à titre de recommandation par le SECO à l'intention des autorités cantonales compétentes en matière de sanctions.

Pour plusieurs participants à la consultation, le relèvement considérable du plafond des sanctions qui est proposé risque de conférer à celles-ci un caractère pénal. Ils ajoutent que les garanties de procédure qui y seraient liées et la nécessaire transmission des dossiers aux autorités de poursuite pénale qui en résulterait retarderaient l'exécution de la sanction, ce qui mettrait en péril le renforcement voulu des mesures d'accompagnement. L'efficacité des mesures d'accompagnement repose en effet justement sur la possibilité de punir rapidement les contrevenants en leur infligeant des sanctions administratives.

Pour répondre à ces préoccupations, le Conseil fédéral propose de préciser le titre de l'art. 9 LDét en remplaçant «sanctions» par «sanctions administratives», ce qui garantit une meilleure délimitation des dispositions concernées par rapport aux

¹⁷ Le texte peut être consulté sous: www.sozialministerium.at > Arbeit > Arbeitsrecht > Grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung in der EU > Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG.

¹⁸ Le texte peut être consulté sous: www.bmas.de > Themen > Arbeitsrecht > Entsendung von Arbeitnehmern > Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

¹⁹ Le texte peut être consulté sous: www.seco.admin.ch > Thèmes > Travail > Libre circulation des personnes et mesures d'accompagnement > Mesures d'accompagnement > Directives et informations concernant les mesures d'accompagnement destinées aux organes d'exécution.

dispositions pénales de l'art. 12 LDét. Pour ce qui est de sa proposition d'augmenter le montant maximal des sanctions administratives, elle s'inspire notamment de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels²⁰ (LCart) et de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications²¹, qui prévoient toutes deux des sanctions administratives aux montants élevés. Par ailleurs, l'exécution efficace de la LDét requiert que les sanctions soient dirigées directement contre les entreprises fautives, sans qu'il faille ni identifier une personne physique responsable ni poursuivre pénalement les entreprises, ce qui retarderait grandement l'exécution. Le relèvement du montant maximal des sanctions ne permet pas, il est vrai, de résoudre tous les problèmes d'exécution. Ainsi, le principe de territorialité implique que l'exécution des sanctions administratives ne peut être assurée à l'étranger. C'est d'ailleurs pour cette raison que la possibilité d'interdire à une entreprise d'offrir ses services en Suisse a d'emblée été introduit dans la LDét, notamment pour frapper les employeurs qui ne s'acquittent pas des sanctions pécuniaires. Enfin, toutes les pistes continuent d'être examinées en vue de résoudre les difficultés d'exécution qui ont été évoquées.

La modification de l'art. 9 LDét est sans incidence sur les compétences des autorités. L'autorité qui prononce les sanctions est toujours celle qui est désignée par les cantons, conformément à l'art. 7, al. 1, let. d, LDét. Dans les cantons, ce sont sans doute les autorités administratives qui continueront d'être chargées de l'exécution, puisque les sanctions prévues à l'art. 9 sont de simples sanctions administratives, contrairement aux sanctions administratives pénales visées à l'art. 12 LDét. Il est par ailleurs à noter que les cantons sont également libres de confier à une autorité administrative la poursuite des délits visés à l'art. 12 LDét puisque, en vertu de l'art. 13 LDét, ce sont eux qui sont compétents en matière de poursuite pénale.

La modification proposée de l'art. 9, al. 2, let. b, LDét laisse aux autorités compétentes le choix de la sanction appropriée. Si certains cantons saluent chaleureusement le choix qui leur est ainsi laissé, d'autres souhaitent que soient précisées les conditions dans lesquelles il y a lieu de prononcer telle ou telle sanction. Le SECO complètera à cet égard son «catalogue des sanctions» en collaboration avec les autorités compétentes. Le Conseil fédéral considère en effet qu'il n'est pas opportun de préciser ce point dans l'ordonnance elle-même et de le réglementer de manière contraignante, les autorités compétentes pour prononcer les sanctions étant les mieux à même, en raison de leur expérience en matière d'exécution, de juger dans le cas particulier de la sanction la mieux appropriée.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

La motion 13.3668 «Améliorer l'application des mesures d'accompagnement et renforcer les instruments du partenariat social» de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats, datée du 27 août 2013, charge le Conseil fédéral d'exposer de manière détaillée les lacunes existant en matière d'application des mesures d'accompagnement sur le marché du travail et de présenter un plan de mesures visant à remédier à ces lacunes au niveau de la Confédération et des cantons. Le 13 septembre 2013, le Conseil fédéral a proposé d'adopter cette motion.

²⁰ RS 251

²¹ RS 784.10

Le groupe de travail évoqué au ch. 1.1, composé de représentants de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux, a dressé un état des lieux de l'efficacité des mesures d'accompagnement et étudié l'opportunité d'aller plus loin. Le groupe de travail a consigné ses conclusions dans un rapport sur la base duquel le Conseil fédéral a adopté le 26 mars 2014 plusieurs mesures d'amélioration qu'il a chargés les départements compétents de mettre en œuvre. Du 19 septembre 2014 au 19 décembre 2014, le Conseil fédéral a procédé à une consultation sur les mesures passant obligatoirement par une modification législative (cf. également ch. 1.1). Le 1^{er} avril 2015, il a pris acte du résultat de cette consultation et arrêté la marche à suivre.

En plus des modifications législatives qui sont traitées dans le cadre du présent message, le Conseil fédéral a décidé le 26 mars 2014 d'adapter l'ordonnance sur plusieurs points et pris des mesures en vue d'améliorer l'exécution. Ces différentes mesures ont déjà été mises en œuvre ou sont en train de l'être (cf. ch. 1.1).

Considérant par conséquent que l'objectif visé par la motion précitée a été atteint, le Conseil fédéral propose de classer celle-ci.

2 **Commentaire des dispositions**

Art. 5, al. 4

La disposition précise les sanctions administratives qui peuvent être infligées à l'entrepreneur contractant (suisse ou étranger) qui a enfreint son devoir de diligence lorsqu'il a sous-traité des travaux. Il est désormais uniquement à l'art. 9, al. 2, let. c et f, et non plus de manière générale à l'art. 9. Le montant maximal à payer par l'entrepreneur contractant qui viole son devoir de diligence en confiant un mandat à un sous-traitant ne sera toutefois pas augmenté.

En ce qui concerne les entrepreneurs contractants indigènes, les autorités cantonales compétentes peuvent comme jusqu'à présent leur infliger une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de 5000 francs au plus. Pour ce qui est des entrepreneurs contractants étrangers, les autorités ont le choix entre une sanction administrative de 5000 francs au plus et une interdiction d'offrir ses services en Suisse. L'autorité qui prononce la sanction décide laquelle est la plus efficace, en tenant compte toutefois du principe de proportionnalité.

En outre, le droit de procédure cantonal peut prévoir que les frais de procédure sont eux aussi mis à la charge de l'entrepreneur contractant sanctionné.

Art. 7, al. 4^{bis}

La première phrase de l'art. 7, al. 4^{bis}, donne lieu à une amélioration purement rédactionnelle qui ne concerne que la version française. Dans la deuxième phrase, il a fallu adapter le renvoi à l'art. 9.

Art. 9

Le *titre* est précisé de manière à distinguer clairement entre les sanctions administratives prévues par cet article et les sanctions administratives pénales visées à l'art. 12.

Dans la doctrine, certains auteurs défendent l'idée selon laquelle les amendes d'un certain montant devraient être assimilées à des sanctions pénales²², avec les conséquences que cela entraîne sur le plan des garanties en matière de procédure pénale. La jurisprudence du Tribunal fédéral considère elle aussi qu'une mesure administrative revêt un caractère pénal ou quasi pénal lorsqu'elle vise un objectif de nature dissuasive et punitive et qu'elle est porteuse d'une menace de sanction grave. Plusieurs lois fédérales prévoient pourtant des sanctions administratives financières pouvant atteindre des sommes considérables. Ainsi, selon l'art. 49a LCart, une entreprise qui participe à un accord illicite est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. En outre, selon cette fois l'art. 52 LCart, l'entreprise qui n'exécute pas son obligation de renseigner ou de produire des documents est tenue au paiement d'un montant de 100 000 francs au plus. De la même façon, les sanctions prévues ici sont de simples sanctions administratives, essentiellement pécuniaires, dépourvues de tout caractère pénal.

Al. 2

Le renvoi à l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974²³ sur le droit pénal administratif (DPA) qui figure aujourd'hui à l'art. 9, al. 2, let. a et c, est supprimé: il serait en effet incohérent de le conserver dans un article intitulé «Sanctions administratives» qui, justement, n'a rien à voir avec le droit pénal administratif.

En outre, les sanctions ne peuvent plus concerner que des entreprises et non plus des entreprises et des personnes, comme c'était le cas jusqu'à présent. La notion d'«entreprise» est ici suffisante, d'autant qu'elle ne renvoie pas à une forme juridique particulière et englobe par conséquent aussi bien les personnes morales que les sociétés de personnes et les raisons individuelles. Cette acception très large est déterminante s'agissant de la possibilité de sanctionner les prestataires de services qui se déclarent indépendants et qui ne se sont pas conformés à l'obligation de fournir les documents visés à l'art. 1a, al. 2, LDét.

Let. a: Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, il est possible de punir d'une sanction administrative de 5000 francs au plus les infractions à l'obligation de fournir des documents par les prestataires de services étrangers qui se déclarent indépendants (art. 1a, al. 2, LDét), les infractions à l'obligation des employeurs qui détachent des travailleurs de garantir des conditions d'hébergement répondant aux normes habituelles (art. 3 LDét) ainsi que les infractions à l'obligation d'annonce par les employeurs qui détachent leurs travailleurs en Suisse (art. 6 LDét).

Let. b: Les infractions relatives aux conditions minimales de travail et de salaire au sens de la LDét qui sont commises par les employeurs étrangers (art. 2 LDét) pourront désormais faire l'objet d'une sanction administrative d'un montant de 30 000 francs au plus. Cela signifie que le montant maximal de la sanction passe de 5000 francs à 30 000 francs. En outre, il n'est plus distingué entre infractions de peu de gravité et infractions graves. Le montant de la sanction est déterminé par les autorités de sanction compétentes, dans le respect du principe de proportionnalité (et compte tenu notamment de la gravité de l'infraction). Les infractions de peu de gravité ne seront toutefois pas sanctionnées à l'avenir plus lourdement pour cette

²² Cf. notamment Alexander Locher, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, Zurich, 2013, ch. marg. 173 ss.

²³ RS 313.0

seule raison que le montant maximal de la sanction a été relevé à 30 000 francs. D'autre part, si cela semble approprié et proportionné, il est possible de sanctionner un employeur étranger qui a enfreint les conditions minimales de travail et de salaire en prononçant contre lui une interdiction d'offrir ses services en Suisse, plutôt que de lui infliger une sanction pécuniaire. Ces deux sanctions ne peuvent toutefois être cumulées.

Let. c: Il est désormais expressément prévu à l'art. 9 la possibilité de sanctionner les infractions au devoir de diligence visé à l'art. 5 al. 3, ce qui précise les dispositions en vigueur puisque, aujourd'hui, cette possibilité de sanction n'est évoquée qu'à l'art. 5, al. 4, sous la forme d'un renvoi à l'art. 9.

Let. d: La sanction qui peut être prononcée en cas d'infractions au sens de l'art. 12, al. 1, let. a ou b, ou en cas de non-paiement de sanctions administratives entrées en force selon la let. a, b ou c, est désormais réglée à la let. d, et non plus à la let. b.

Let. e: Il sera désormais également possible de punir d'une sanction administrative de 30 000 francs au plus les infractions aux dispositions d'un contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO qui sont commises par un employeur qui engage des travailleurs en Suisse (art. 1, al. 2, LDét). Le montant maximal de la sanction passe donc de 5000 francs à 30 000 francs. Dans certaines situations, une redondance avec l'art. 12, al. 1, let. d, LDét est imaginable.

Let. f: Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, l'autorité peut mettre à la charge de l'entreprise sanctionnée tout ou partie des frais de contrôle: la let. d actuelle devient simplement la let. f.

Al. 3

Comme à l'al. 2, il n'est plus question ici que des entreprises, et il est procédé en outre à une amélioration de nature uniquement rédactionnelle.

Art. 12

Une erreur purement rédactionnelle est corrigée dans la phrase introductive (ajout du terme «crime», afin d'harmoniser avec l'al. 3).

Les al. 2 et 4 peuvent être abrogés puisque les dispositions générales du code pénal (CP)²⁴ s'appliquent à l'ensemble du droit pénal accessoire (cf. art. 333, al. 1, CP). Les cas de peu de gravité sont réglés à l'art. 52 CP.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

3.1.1 Conséquences financières

Les modifications prévues n'auront pas de conséquences financières pour la Confédération. L'exécution de la LDét, notamment la mise en œuvre des sanctions, incombe aux cantons.

3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

Les modifications prévues n'auront pas de conséquences sur l'état du personnel de la Confédération.

3.1.3 Autres conséquences

Le projet n'aura pas d'autres conséquences pour la Confédération.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

A l'heure actuelle, les cantons sont déjà chargés de sanctionner les infractions à la LDét. Une augmentation de la limite supérieure du montant des sanctions administratives n'entraînera ni coûts supplémentaires ni nouvelles tâches d'exécution. Comme il a été indiqué au ch. 1.5, les compétences respectives des autorités concernées ne changent pas. Le relèvement de 5000 francs à 30 000 francs du montant maximal des sanctions prévu par la LDét devrait en principe se traduire par des recettes supplémentaires pour les cantons. Cependant, comme la pratique actuelle de ces derniers en matière de sanctions est variable et que l'on ignore quelle pratique ils adopteront demain, il est impossible de chiffrer aujourd'hui l'ampleur de ces éventuelles recettes supplémentaires.

3.3 Conséquences économiques

L'ouverture du marché du travail a contribué ces dernières années de manière significative à la croissance économique et à l'emploi en Suisse. Grâce aux mesures d'accompagnement, les effets secondaires négatifs liés à l'ALCP sur le marché du travail ont été limités. Le relèvement du montant maximal des sanctions administratives permettra d'améliorer encore davantage l'efficacité des instruments dont les autorités disposent pour lutter contre les abus.

Dans l'ensemble, les modifications proposées, qui sont destinées avant tout à améliorer l'exécution des mesures d'accompagnement, restent de portée limitée. Elles n'affectent en rien les possibilités d'accès au marché suisse des entreprises étrangères, et n'entraînent pas pour elles de charge administrative supplémentaire.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé, ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015²⁵, ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015²⁶. L'analyse de l'efficacité des mesures d'accompagnement que les représentants de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux ont effectuée en 2013 et 2014 a cependant révélé qu'il était

²⁵ FF 2012 349

²⁶ FF 2012 6667

aujourd'hui nécessaire de modifier la LDét pour pouvoir faire face efficacement aux sous-enchères abusives par rapport aux conditions minimales suisses de salaire et de travail.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

Le présent projet se fonde sur l'art. 110, al. 1, let. a, de la Constitution fédérale (Cst.)²⁷, qui habilite la Confédération à légiférer sur la protection des travailleurs.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

L'art. 22 de l'annexe I ALCP se réfère expressément à la directive européenne concernant le détachement de travailleurs²⁸. Selon l'art. 5 de la directive, les Etats membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la directive. La mesure proposée dans le présent projet vise à garantir une meilleure application par les entreprises étrangères des dispositions qui régissent les conditions minimales de travail et de salaire au moyen d'un relèvement du montant maximal de la sanction administrative que les autorités peuvent prononcer en cas d'infraction. Cette modification proposée de la LDét est conforme à la directive européenne précitée et ne va pas au-delà de la marge de manœuvre qu'elle laisse aux Etats.

Il convient toutefois de rappeler que l'UE a critiqué par le passé le montant des sanctions prononcées en Suisse, et incriminé plus particulièrement le caractère à ses yeux disproportionné de la possibilité de prononcer pour une même infraction à la fois une peine conventionnelle et une sanction administrative. Aussi est-il probable qu'elle critiquera également le relèvement du montant maximal de la sanction qui est proposé ici.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet modifiant une loi fédérale en vigueur, il doit lui-même revêtir la forme d'une loi fédérale, conformément à l'art. 164 Cst.

²⁷ RS 101

²⁸ Directive 96/71/CE 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

