Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

3 | 2018

La participation des travailleurs dans la grande entreprise privée et publique

Travailleurs détachés : les mesures d'accompagnement de la libre circulation des personnes au cœur des négociations entre la Suisse et l'Union européenne

Kurt Pärli et Anne Meier

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1936>

DOI : 10.4000/rdctss.1936

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2018

Pagination : 194-197

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Kurt Pärli et Anne Meier, « Travailleurs détachés : les mesures d'accompagnement de la libre circulation des personnes au cœur des négociations entre la Suisse et l'Union européenne », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 3 | 2018, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 13 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1936> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1936>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

KURT PÄRLI ET ANNE MEIER

UNIVERSITÉ DE BÂLE

TRAVAILLEURS DÉTACHÉS : LES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT DE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES AU CŒUR DES NÉGOCIATIONS ENTRE LA SUISSE ET L'UNION EUROPÉENNE

L'actualité suisse en droit du travail se cristallise depuis le printemps 2018 autour de la question des mesures adoptées par la Suisse pour protéger les salaires et les conditions de travail des travailleurs locaux contre le « dumping » provoqué par l'ouverture du pays à la libre circulation des personnes avec les Etats de l'Union européenne (les « mesures d'accompagnement »).

Ce coup de projecteur a lieu dans un contexte de négociations ardues entre la Suisse et l'Union européenne sur leurs relations politiques et économiques. Pour les syndicats, les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes constituent une « ligne rouge » intouchable, sur lesquelles la Suisse ne doit faire aucune concession dans les négociations¹. Le 8 août 2018, l'Union syndicale suisse (la faïtière des syndicats suisses) a d'ailleurs annoncé qu'elle ne participerait pas à ces négociations, le gouvernement ayant selon elle « fixé à ces négociations des objectifs qui vont non seulement affaiblir substantiellement la protection des salaires en Suisse, mais aussi donner à des opposants aux mesures d'accompagnement (Commission européenne, Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)) le droit de se prononcer sur les mesures d'accompagnement de la Suisse ».

C'est le délai d'annonce de huit jours, imposé à toute entreprise européenne qui souhaite prester des services en Suisse, qui a retenu l'essentiel de l'attention médiatique et politique². Mais cette mesure n'est de loin pas la seule qui se trouve dans le viseur de l'Union européenne : cette dernière souhaiterait en réalité que la Suisse adopte une réglementation en tous points conforme à sa nouvelle Directive sur les travailleurs détachés.

Pour comprendre le contexte de ces négociations, il faut rappeler qu'en 1992, la population suisse avait refusé de faire entrer le pays dans l'Espace économique européen (EEE), fermant ainsi l'entrée dans l'Union européenne. La Suisse avait alors entrepris de négocier des accords bilatéraux avec les États membres de l'Union européenne (UE), dont l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), entré en vigueur le 1er juin 2002, reste à ce jour l'un des plus importants. En vertu de cet accord, les prestataires de services établis dans les États membres de l'UE bénéficient du droit de fournir des services en Suisse à des conditions comparables à celles qui existent au sein de l'UE, lorsque les prestations ne dépassent pas 90 jours de travail effectif par année civile (cf. art. 5 par. 1 ALCP en relation

1 Voir : <https://www.uss.ch/themes/travail/mesures-daccompagnementlibre-circulation-des-personnes/article/details/lattaque-dirigee-par-les-conseillers-federaux-plr-contre-la-protection-des-salaires-en-suisse-repousse/>

2 Voir par exemple : <http://www.bilan.ch/economie-plus-de-redaction/conflit-lue-travail-detache>

avec les articles 17 et suivants (annexe I ALCP)³. Une simple obligation d'annonce remplace les demandes de permis⁴. Les prestataires de services disposent également du droit, en principe, d'employer des travailleurs détachés et ce, indépendamment de la nationalité de ces derniers (sous réserve d'un éventuel visa pour les ressortissants d'États tiers), à condition que lesdits travailleurs soient intégrés dans le marché régulier du travail des parties contractantes à l'Accord (cf. art. 17 let. b ch. ii annexe I ALCP en relation avec l'art. 18 annexe I ALCP)⁵.

L'art. 22 par. 2 annexe I ALCP (qui fait référence à la directive 96/71⁶, du 16 décembre 1996, relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services) réserve, toutefois, aux parties contractantes le droit d'édicter « des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services ».

Selon le Tribunal fédéral, « cette possibilité vise à parer au risque de dumping social et salarial pouvant résulter du détachement de travailleurs en Suisse par des prestataires de services de l'UE. C'est sur la base de cette réserve que la Suisse a adoptée, au titre des mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes, la loi sur les travailleurs détachés »⁷. Ces mesures visent, plus particulièrement, à compenser le contrôle systématique préalable du marché du travail, abandonné avec l'entrée en vigueur de l'ALCP et à protéger les travailleurs indigènes et étrangers contre la sous-enchère salariale abusive. Les mêmes conditions de travail doivent donc être garanties aux travailleurs et les mêmes conditions de concurrence aux employeurs⁸.

Les mesures d'accompagnement ont été introduites en Suisse en plusieurs vagues successives. La première vague comprend, pour l'essentiel, les éléments suivants. La loi sur les travailleurs détachés (LDét) du 8 octobre 1999⁹ oblige les employeurs étrangers à respecter les conditions minimales de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, les conventions collectives de travail ayant force obligatoire et les contrats types de travail avec

3 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_714/2010, c. 3.1 et les références.

4 Cf. art 9 al. 1bis de l'Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange (Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP) (RS 142.203) ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2014 du 24 avril 2015, c. 4.3 et les références.

5 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2014 du 24 avril 2015, c. 4.3 et les références.

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

7 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_793/2014 du 24 avril 2015, c. 4.3 et les références.

8 Voir, à ce propos, notamment SECO, Rapport FlaM du 12 mai 2016, Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes Suisse-Union européenne, Berne 2016, p. 7 (disponible ici : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen/Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/berichte-des-seco-ueber-den-vollzug-der-flankierenden-massnahmen/flam_bericht_2015.html, consulté, en dernier lieu, le 28 août 2018).

9 Loi fédérale 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) du 8 octobre 1999, RS 823.20 et son ordonnance (Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse), du 21 mai 2003, RS 823.201.

salaires minimaux pour les travailleurs détachés en Suisse dans le cadre de la réalisation d'une prestation de services transfrontalière. Elle régit aussi le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévues par les contrats types de travail. Ces mesures présentent une importance particulière pour la Suisse, qui ne connaît pas de salaire minimum légal.

En cas de sous-enchère salariale abusive et répétée dans une branche ou une profession, les dispositions d'une CCT sur 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. 1 a de la loi fédérale du 29 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT)¹⁰. Cette mesure s'applique tant aux entreprises locales qu'aux entreprises détachant des travailleurs.

Pour les branches dans lesquelles il n'existe pas de convention collective, des contrats types de travail au sens de l'art. 360a du Code des obligations (CO¹¹) contenant des salaires minimaux impératifs peuvent être édictés en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée. Cette mesure s'applique à toutes les entreprises de la branche concernée¹².

L'art. 330b CO a également été introduit dans le Titre X du Code des obligations sur le contrat individuel de travail. En vertu de cette disposition, lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur a désormais l'obligation d'informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants : le nom des parties ; la date du début du rapport de travail ; la fonction du travailleur ; le salaire et les éventuels suppléments salariaux ; la durée hebdomadaire du travail. Les modifications portant sur ces éléments doivent également être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles aient pris effet.

En 2006 et 2010, les mesures d'accompagnement ont été renforcées afin d'accompagner l'extension de la libre circulation aux nouveaux États membres de l'UE : « Le renforcement et l'optimisation des mesures d'accompagnement contenaient notamment : l'obligation pour les cantons de disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs du travail, des sanctions renforcées ainsi que l'obligation pour les prestataires de services indépendants de prouver leur statut. De plus, certaines dispositions de conventions collectives de travail étendues ont été rendues applicables aux prestataires de services étrangers et un nombre annuel impératif de contrôles à réaliser (27'000) a été fixé dans l'art. 16 ODét »¹³.

Une troisième vague de renforcement des mesures d'accompagnement est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. Le but de ces mesures est, en substance, celui de lutter, de manière plus efficace, contre l'indépendance fictive de prestataires de services étrangers en prévoyant l'obligation de fournir des documents et en introduisant de nouvelles possibilités de sanction. Le 15 juillet 2013, la responsabilité solidaire a été renforcée pour les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre est entrée en vigueur : « Elle permet

10 Loi fédérale du 29 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT), du 29 septembre 1956, RS 221.215.311.

11 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

12 Cité de SECO, *Rapport FlaM 2016*, p. 12.

13 *Idem*, p. 13.

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'ODét »¹⁴.

Enfin, le Conseil fédéral a soumis aux Chambres fédérales un nouveau projet de renforcement en juillet 2015 qui vise, principalement, l'augmentation du montant de l'amende en cas d'infraction à l'art. 2 LDét à CHF 30'000.-. La même sanction est prévue en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal fixées dans un contrat-type de travail¹⁵. Lors des débats parlementaires, cet article a été accepté. Par ailleurs, un article 9 al. 2 bbis LDét a été ajouté, prévoyant la possibilité d'un cumul des sanctions en cas d'infraction d'une gravité particulière à l'art. 2 et de prononcer cumulativement les sanctions administratives prévues par la lettre b, à savoir l'amende et l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de un à cinq ans¹⁶.

Ce système complexe de surveillance du marché du travail, de contrôles des conditions de travail et de renforcement des conventions collectives de travail a permis à la Suisse de maintenir un niveau de salaires et de protection sociale. Ce système repose sur une combinaison des contrôles effectués par l'État avec ceux effectués par les partenaires sociaux, chacun avec ses compétences et son arsenal de sanctions. Si l'efficacité du dispositif est parfois critiquée, son existence et la nécessité de son maintien (voire de son renforcement) sont défendues de manière univoque et constante tant par les syndicats que par les associations patronales¹⁷.

Les mesures d'accompagnement de la Loi sur les travailleurs détachés et son ordonnance peuvent, sous certains aspects, constituer une restriction de la libre circulation des services garantie (pour une durée limitée de 90 jours par an) par l'ALCP. Une partie de la doctrine spécialisée en droit européen, de même que la Commission européenne, critiquent certaines de ces mesures, arguant qu'elles ne seraient pas compatibles avec la libre circulation des services. Parmi les mesures visées par les critiques, on trouve par exemple l'obligation d'annonce imposée à toute entreprise européenne, assortie d'un délai d'attente de huit jours avant le début des travaux (art. 6 LDét) ou encore les modalités de contrôle des entreprises (art. 7 LDét). A notre avis toutefois, si ces mesures représentent certes une restriction à libre circulation des personnes, elles n'en restent pas moins justifiées, y compris à la lumière du droit européen¹⁸.

14 *Idem.*, p. 13.

15 Message du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2015 concernant la modification de la loi sur les travailleurs détachés, FF 2015 5357 (5365 et 5370).

16 Pour consulter les débats parlementaires : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=38401>

17 Voir, par exemple : <https://www.letemps.ch/suisse/suisseue-un-patronat-attache-protection-salaires>

18 Sur ces questions, voir en particulier K. Pärli, *Entsendegesetz*, Stampfli Handkommentar, Berne 2018 (à paraître en novembre 2018).