

Optimisation de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement (FlaM) à la libre circulation des personnes

Rapport du groupe de travail FlaM de la CDEP / AOST

Adopté par la CDEP à l'assemblée annuelle, le 07 novembre 2013 à Viège VS

Auteur : Groupe de travail CDEP / AOST

Décision

Réunie le 7 novembre 2013 à Viège VS, l'assemblée plénière de la CDEP prend les décisions suivantes :

- adoption, en vue de sa publication, du rapport du groupe de travail CDEP/AOST, avec remerciements aux auteurs ;
- discussion et mise en œuvre des mesures à l'échelon concerné, avec le concours des secrétariats de la CDEP et de l'AOST ;
- information par la CDEP au plus tard dans un an (2014) sur la mise en œuvre des mesures.

Viège, le 7 novembre 2013

Conseiller d'Etat Jean-Michel Cina,
Président de la CDEP

Christoph Niederberger
Secrétaire général de la CDEP

Contenu

1	Introduction	4
2	Optimisation du système actuel de mise en œuvre des mesures d'accompagnement.....	6
2.1	Contexte et problématique	6
2.2	Mesures prises par le SECO pour améliorer la mise en œuvre des mesures d'accompagnement : appréciation	6
2.3	Mesures prises par le SECO pour améliorer la mise en œuvre des mesures d'accompagnement mais n'ayant pas été évaluées	8
2.4	Révision de la loi relative aux mesures d'accompagnement.....	8
2.5	Introduction d'une responsabilité des sous-traitants	9
2.6	Forces et faiblesses du système actuel	10
2.7	Interfaces de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement	10
3	Mesures d'amélioration	12
3.1	Amélioration de la qualité des données	12
3.2	Calculateur standardisé des salaires	12
3.3	Professionnalisation des CP	13
3.4	Collaboration avec le SECO	13
3.5	Modifications légales	14
3.6	Interface cantons - CP Confédération	14
3.7	Interface mesures d'accompagnement - LTN - inspection du travail.....	15
3.8	Echange et coordination entre les cantons	15
3.9	Information et réaction.....	16
3.10	Solution particulière pour les régions frontalières exposées	17
	Membres du groupe de travail	18

1 Introduction

Si la libre circulation des personnes apporte manifestement à la Suisse de nombreux avantages, elle entraîne aussi des effets qui doivent être pris en compte par la société et l'Etat. Les mesures d'accompagnement (FlaM), qui garantissent une mise en œuvre efficace de la libre circulation des personnes, constituent l'un des principaux piliers à cet égard. Dans la perspective des défis à venir, la mise en œuvre peut et doit encore être renforcée en collaboration avec tous les partenaires concernés (Confédération, cantons, partenaires sociaux). A travers le présent rapport, les cantons apportent une première contribution importante à l'optimisation des mesures d'accompagnement.

L'économie suisse et, par là même, l'ensemble de la population suisse bénéficient des répercussions positives de la libre circulation des personnes. Il convient néanmoins de surveiller la situation de près pour pouvoir identifier rapidement toute évolution négative et prendre les mesures nécessaires pour la contrer. A noter que les effets de la libre circulation des personnes varient en fonction des régions et des branches considérées, la proximité de la frontière, la structure économique ou la taille des structures cantonales créant des conditions différentes. La mise en œuvre fédéraliste organisée selon une approche duale, demeure donc la plus efficace, car elle peut tenir compte des spécificités régionales.

Disposer du personnel qualifié nécessaire

Grâce à la libre circulation des personnes, les entreprises des secteurs privé et public sont à même de recruter le personnel qualifié dont elles ont besoin, ce qui est essentiel pour la compétitivité de l'économie suisse et, partant, pour le maintien et la garantie des places de travail. Cela présuppose bien entendu une consolidation des efforts déployés sur le plan de la politique intérieure pour pouvoir fournir la main d'œuvre nécessaire (p. ex. renforcer la politique en matière de formation, mieux concilier les vies professionnelle et familiale, assouplir les départs à la retraite ; voir aussi l'initiative de la Confédération et des cantons visant à combattre la pénurie de personnel qualifié¹). Les entreprises suisses doivent en outre pouvoir recruter de la main d'œuvre sur le marché du travail européen. L'absence d'une demande suffisante pour occuper les postes proposés se traduit en effet aussi par des désavantages économiques pour la Suisse.

Soutenir les branches prestataires de services et le domaine de la santé

Plusieurs branches prestataires de services (gastronomie, tourisme) sont également contraintes de recruter de la main d'œuvre sur le marché européen de l'emploi, les postes qu'elles proposent ne rencontrant pas suffisamment de demande à l'intérieur de nos frontières. En fin de compte, le secteur public et, par conséquent, une partie importante des services de base, notamment dans le domaine de la santé publique, reposent sur la forte participation d'employés étrangers au marché du travail.

Effectuer des contrôles suffisants

Malgré les discussions houleuses sur les mesures d'accompagnement, les relations doivent être maintenues. Par rapport à l'emploi total enregistré dans l'économie suisse, le volume de travail des résidents soumis à l'obligation d'annonce représente 0,6 pour cent. Au vu de la multiplication des soupçons de violations des conditions de salaire et de travail locales exprimés à l'encontre de ces rapports de travail soumis à l'obligation d'annonce, les moyens affectés au contrôle requis par la Confédération se concentrent sur ces branches. Ainsi, 50 pour cent des travailleurs détachés et des actifs indépendants sont-ils contrôlés. Etant donné que les mesures sont appliquées de manière ciblée, il n'est objectivement pas nécessaire d'introduire d'autres dispositifs de réglementation nationaux du marché suisse du travail².

¹ <http://www.wbf.admin.ch/themen/00533/01791/index.html?lang=fr>

² voir : <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04563/index.html?lang=fr>

Garantir des conditions de travail correctes

Veiller plus attentivement à garantir des conditions de travail correctes demeure essentiel au niveau national dans le domaine des rapports de travail soumis à l'obligation d'annonce qui comprennent les employés détachés par des entreprises étrangères, les collaborateurs étrangers dont la période d'engagement auprès d'une entreprise suisse est inférieure à 90 jours et les prestataires de service indépendants étrangers. A noter que les fournisseurs de services soumis à l'obligation d'annonce sont surtout actifs dans le second œuvre de la construction.

Accroître l'efficacité de la mise en œuvre

Les mesures d'accompagnement font l'objet d'une mise en œuvre duale, avec des responsabilités différentes dans les branches avec ou sans convention collective de travail (CCT). Si l'intégration des partenaires sociaux et l'approche décentralisée se justifient sur le fond, l'exécution doit gagner en efficacité. Aussi, la CDEP³, en accord avec l'Association des offices suisses du travail (AOST), a-t-elle chargé un groupe de travail d'élaborer des propositions de mesures en ce sens. Le SECO poursuivant le même objectif, le présent rapport a été élaboré en étroite collaboration avec lui. Etant donné que la majeure partie de l'activité de contrôle incombe aux commissions paritaires soutenues par les partenaires sociaux, il est très important que tous les acteurs concernés fassent preuve d'une collaboration efficace.

³ Décision de la CDEP du jeudi 24 janvier 2013

2 Optimisation du système actuel de mise en œuvre des mesures d'accompagnement

2.1 Contexte et problématique

Lorsqu'il est question des mesures d'accompagnement, l'attention politique se tourne immédiatement vers les directions cantonales de l'économie publique. Etant donné la complexité de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, qui requiert l'intervention de divers acteurs, il est difficile pour des personnes de l'extérieur de comprendre exactement où et comment les cantons sont impliqués dans ce domaine. La mise en œuvre des mesures d'accompagnement est réglementée à la fois sur le plan fédéral et sous une forme duale. Tandis que les commissions paritaires contrôlent les branches disposant d'une convention collective de travail étendue, l'application des mesures d'accompagnement dans les branches dépourvues de convention collective de travail étendue incombe aux commissions tripartites (CT) cantonales composées de représentants des partenaires sociaux et de l'Etat. Bien qu'un bureau fasse office de secrétariat de la CT, les tâches qu'il réalise sont soumises à la surveillance non pas du canton, mais de la CT. Les membres de la CT étant liés par le secret de fonction, les cantons n'ont connaissance que des décisions et propositions qui leur sont transmises.

Les tâches des commissions tripartites consistent à observer le marché de l'emploi, à contrôler le respect des contrats-types de travail de nature contraignante et à annoncer les violations aux autorités cantonales d'exécution. Lorsque les CT constatent des cas de sous-enchères par rapport aux salaires usuels, elles mènent des procédures de conciliation avec les entreprises concernées, durant lesquelles ces dernières doivent s'engager à verser a posteriori le salaire dû ou à relever le salaire à l'avenir. Ces procédures de conciliation présentent un taux de réussite élevé. En cas de sous-enchères abusives et répétées par rapport aux salaires, les CT peuvent en outre charger le gouvernement cantonal d'étendre le champ d'application d'une convention collective de travail (CCT) ou d'édicter un contrat-type de travail (CTT).

Cette mise en œuvre duale engendre de nombreuses interfaces. Le présent rapport vise avant tout à simplifier les structures et à clarifier les tâches, les compétences et les responsabilités du système actuel de mise en œuvre des mesures d'accompagnement.

Pour ce faire, les auteurs du rapport ont procédé à une analyse de la situation effective du système et à l'identification des principaux problèmes, en se concentrant plus particulièrement sur les interfaces entre les autorités et les organisations impliquées dans la mise en œuvre et sur l'interface entre l'application des mesures d'accompagnement et la lutte contre le travail au noir. L'analyse comprend une évaluation et une appréciation des révisions de loi réalisées à ce jour dans le domaine des mesures d'accompagnement, et notamment des dispositions relatives à la lutte contre l'indépendance fictive et à la responsabilité des sous-traitants qui sont entrées en vigueur début 2013. Elle tient également compte des travaux en cours du SECO visant à améliorer la mise en œuvre des mesures d'accompagnement. Sur la base des besoins d'adaptation établis selon cette démarche objective, un catalogue de mesures a été élaboré. Les solutions qu'il propose sont aussi bien d'ordre technique que politique et leur application va du court au moyen terme.

2.2 Mesures prises par le SECO pour améliorer la mise en œuvre des mesures d'accompagnement : appréciation

Le SECO a pris différentes mesures pour régler les problèmes constatés dans la mise en œuvre. Ces mesures figurent dans la réponse du Conseil fédéral au rapport de la Commission de gestion « Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes »⁴. Le présent chapitre est consacré à leur évaluation et à leur appréciation.

⁴ Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport de la Commission de gestion du Conseil national à l'attention du Conseil fédéral du 21 octobre 2011 <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommission-gpk/berichte-2011/Documents/bericht-gpk-n-flank-massnahmen-2011-10-21-f.pdf> et prise de position du Conseil fédéral à ce sujet :

Mesures de professionnalisation des CP

La conception globale du projet et l'analyse des risques et des facteurs de succès de la mise en œuvre ont été réalisées durant le premier semestre 2012. Elles ont conduit à la définition d'un premier train de mesures, introduit progressivement dans les CP à partir du second semestre 2012. Le deuxième train de mesures sera préparé en 2013 et mis en œuvre ultérieurement. Un modèle de collaboration entre les commissions paritaires et les cantons est actuellement en cours d'élaboration. Dès qu'il aura été introduit, la situation fera l'objet d'un nouvel examen.

Les mesures déterminées par le SECO pour professionnaliser les CP vont dans la bonne direction. A ce jour, aucune amélioration sensible de la qualité n'a cependant pu être enregistrée dans l'activité des CP et leur collaboration avec les cantons. Le système d'incitations des CP, en particulier, est jugé problématique : aujourd'hui, les accords de prestations du SECO prescrivent aux CP le nombre des contrôles qui doivent être effectués. Or les cantons ont découvert des cas dans lesquels les soupçons d'abus déclarés n'étaient pas vérifiés, car le nombre de contrôles imposé était déjà atteint. Les CP ont en outre tendance à ne pas communiquer aux cantons les infractions constatées contre la loi sur les travailleurs détachés une fois qu'elles ont été sanctionnées, empêchant ainsi la condamnation à une amende administrative et à une interdiction de prestation de services (voir mesure 4 ci-après). A cet égard, nous saluons le fait que dans l'intervalle l'obligation d'annonce aux autorités cantonales ait été introduite dans l'accord de prestations conclu avec les CP.

Le SECO soutient la professionnalisation des CP par le biais de directives et de recommandations, comme par exemple celle portant sur les amendes. Cette recommandation doit être respectée, faute de quoi les CP devraient se voir infliger une sanction.

Amélioration des activités d'observation du marché du travail

En 2012, le SECO a élaboré un concept pour l'observation du marché du travail destiné à appuyer les CT dans les activités qu'elles déploient dans ce domaine et à garantir le respect des standards minimaux correspondants. Les CT cantonales sont en particulier chargées de définir la méthode à appliquer pour détecter les sous-enchères abusives et répétées par rapport aux salaires usuels dans la branche. Ce concept est introduit progressivement depuis fin 2012.

La liste des standards minimaux à intégrer aux concepts cantonaux d'observation du marché du travail a été envoyée aux cantons par le SECO. La latitude accordée aux cantons apparaît toujours comme étant suffisante, une uniformisation du système n'étant pas souhaitable au vu des différences régionales. Le calculateur standardisé des salaires (qui fait actuellement l'objet de négociations entre l'AOST, le SECO et l'ODM) pourrait servir aux CT d'instrument d'observation du marché du travail (voir mesure 4), pour autant que les différences régionales soient prises en compte.

Audits

La phase conceptuelle des audits, à laquelle ont participé les cantons de Bâle-Ville, Genève et St-Gall, s'est achevée au printemps 2012. Le concept a alors été testé par les organes d'exécution dans le but de pouvoir procéder à d'éventuelles modifications. La phase de test des audits s'est poursuivie jusqu'à fin 2012, avant leur introduction définitive début 2013.

Le canton de Neuchâtel avait déjà été soumis à un audit test, jugé positif et pouvant être comparé à l'audit effectué lors de l'inspection du travail. Pour le SECO, les audits ne servent pas uniquement à vérifier le respect des dispositions légales par les organes d'exécution, mais constituent aussi une offre de prestation. Etablir une collaboration constructive avec le SECO dans le cadre d'un tel audit représente en effet une occa-

<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2012/6855.pdf>

sion d'améliorer la qualité de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, en particulier pour les cantons qui, pour des raisons financières, n'ont pas pu acquérir les connaissances nécessaires dans ce domaine.

Facteurs de succès de l'exécution

Les facteurs de succès ont fait l'objet d'une analyse approfondie en 2012. Cette analyse se poursuivra ces prochaines années dans le cadre d'un processus continu d'optimisation de la mise en œuvre. Selon les déclarations du SECO, il ne s'agit pas d'un projet en soi, mais d'une réflexion sur les facteurs de succès repérés dans les différents sous-projets. Les cantons s'accordent à dire que l'un des facteurs de succès doit être la manière dont les commissions paritaires effectuent les contrôles sur place. La mesure de facteurs de succès présuppose néanmoins l'existence d'une base de données permettant d'établir des comparaisons. Un tel instrument serait également utile pour faciliter la communication des cantons en lien avec la mise en œuvre des mesures d'accompagnement (voir à ce sujet mesure 1). D'autres facteurs de succès sont, de l'avis du SECO, l'application uniforme de la directive salariale du SECO par les commissions paritaires et les cantons, ainsi que la transmission électronique des annonces aux commissions paritaires.

2.3 Mesures prises par le SECO pour améliorer la mise en œuvre des mesures d'accompagnement mais n'ayant pas été évaluées

Les mesures suivantes n'étant prévues qu'à partir de 2014, il n'est pas encore possible de procéder à leur évaluation qualitative.

Amélioration des systèmes d'incitations

L'amélioration des systèmes d'incitations et la révision éventuelle du système de financement en vue d'accroître l'efficacité et l'efficacité dans l'utilisation des moyens disponibles sont liées en particulier aux résultats des analyses sur les facteurs de succès de la mise en œuvre. Les travaux correspondants devraient démarrer d'ici début 2014.

Indicateurs de pilotage

Le réexamen des indicateurs de pilotage dépend aussi des améliorations introduites dans le système d'incitations des organes d'exécution. Aussi ne débutera-t-il qu'en 2014.

Amélioration des données récoltées et du controlling

Des améliorations ponctuelles devraient être apportées dans le cadre de la professionnalisation des CP. Une révision des données récoltées et du système d'indicateurs de controlling dépend, comme pour les indicateurs de pilotage, des améliorations introduites dans le système d'incitations et devrait probablement être lancée en 2014.

2.4 Révision de la loi relative aux mesures d'accompagnement

Bien que la nécessité d'une réglementation légale de la lutte contre l'indépendance fictive soit controversée, en raison de sa faible incidence sur l'économie publique, les cantons se sont engagés en faveur d'une application efficace de la loi. Les premières expériences révèlent que la plupart des indépendants contrôlés sont à même de fournir les documents requis. L'un des problèmes constatés est que les amendes infligées au titre

d'une infraction à l'obligation de documentation touchent souvent aussi de véritables indépendants, qui ne sont en réalité pas ciblés par les nouvelles dispositions visant à lutter contre la pseudo-indépendance.

Le phénomène de l'indépendance fictive est surtout observé dans le domaine du second œuvre dont la plupart des branches comportent une convention collective de travail (CCT) étendue et sont contrôlées par les CP. Lorsqu'un cas d'indépendance fictive est constaté, il est cependant rare que les CP subordonnent la personne concernée à un employeur ou la soumettent à une CCT étendue, vérifient l'équivalence des qualifications ou mènent une procédure appropriée. Les employeurs fautifs qui occupent des indépendants fictifs ne sont donc pas sanctionnés. Bien que les CP soient payées pour contrôler les indépendants, elles n'engagent pas suffisamment les démarches requises. Les interfaces entre CT et CP ne sont pas encore suffisamment claires à cet égard.

De fait, la définition légale de l'indépendance est très floue. Dans la pratique, il n'est pas toujours facile de distinguer le travail indépendant effectué sur mandat de la subordination de fait. Il convient en outre de garder à l'esprit le fait que d'autres Etats (UE/AELE) connaissent une pratique différente en matière d'indépendance. Il est donc tout à fait possible que les données fournies sur une activité indépendante ne soient pas abusives, même si, en vertu du droit suisse, la personne concernée ne peut pas être considérée comme indépendante.

Les contrôles des travailleurs indépendants sont gérés différemment selon les cantons. De manière générale, nous appuyons la recommandation du SECO visant à ce que les indépendants soient contrôlés selon la logique de la branche, autrement dit que les indépendants actifs dans une branche soumise à une CCT étendue soient contrôlés par les CP. L'idée qu'un canton et ses partenaires sociaux s'accordent sur l'application d'un autre modèle est cependant tout à fait conforme à la mise en œuvre fédérale. Dans le canton de Lucerne, par exemple, tous les indépendants sont contrôlés par les CT, au motif qu'en tant qu'indépendants ils ne sont pas assujettis à une CCT étendue.

2.5 Introduction d'une responsabilité des sous-traitants

Il y a fort à craindre que la responsabilité des sous-traitants ne soit que rarement appliquée, tant il est peu probable, au vu des frais de procédure, qu'un employé porte plainte contre son employeur. Dans l'hypothèse où un employé s'adresserait malgré tout à un tribunal pour exiger le versement du salaire a posteriori, rien n'établit encore la manière dont il pourrait prouver qu'il a déjà mené en vain une procédure contre son employeur direct (car ce n'est qu'à ce moment-là qu'il pourrait poursuivre l'entrepreneur contractant).

La question de savoir quelle base légale régit la responsabilité de l'obligation de diligence se prête à diverses interprétations. De l'avis des experts et expertes techniques, il n'existe aucune base légale obligeant expressément et de manière fondée un entrepreneur à s'acquitter de son devoir de diligence ; il est donc difficile de sanctionner la non application d'un devoir de diligence qui n'a pas été prescrit. De manière générale, il est en revanche évident que l'entrepreneur contractant est responsable en cas de non respect du devoir de diligence. Il faut maintenant attendre les premières décisions de justice en la matière.

La direction de l'AOST a présenté une prise de position sur l'ordonnance relative à la responsabilité des sous-traitants dans laquelle elle expliquait qu'en ce qui concerne la mise en œuvre, les premières instances concernées par la responsabilité des sous-traitants sont les commissions paritaires de l'économie du bâtiment.

Les cantons sont cependant aussi impliqués en ce sens que, sur proposition de la commission paritaire compétente, ils peuvent être amenés à vérifier si des entreprises s'acquittent de leur devoir de diligence lors de l'octroi de mandats et, le cas échéant, à les sanctionner. Dans le rapport qu'il a présenté durant l'été 2012 lors de l'audition informelle sur le renforcement de la responsabilité solidaire, le SECO a déclaré que le respect du devoir de diligence par l'entrepreneur contractant ne fait pas partie de l'objet de contrôle systématique prévu par la loi sur les travailleurs détachés et que le rôle des CP dans l'infliction de sanctions aux entrepreneurs contractants fautifs n'est donc pas le même que celui qu'elles jouent dans le contrôle du respect des conditions de salaire et de travail par les entreprises de détachement.

Reste à voir comment et dans quelle mesure les CP annoncent aux cantons des cas assortis de la proposition de sanctionner l'entrepreneur contractant au motif de négligence du devoir de diligence. Il convient donc de définir, en dehors de l'ordonnance, les informations et les documents que les commissions paritaires doivent impérativement fournir aux cantons en annexe à leur proposition de contrôle du devoir de diligence, afin que les autorités cantonales puissent décider du bien-fondé d'une vérification (voir mesure 7).

2.6 Forces et faiblesses du système actuel

La force du système de mise en œuvre actuel constitue aussi sa faiblesse. Si la décentralisation de l'application et de son organisation renforce l'acceptation générale de la mise en œuvre, elle s'avère complexe et problématique. L'exécution décentralisée correspond cependant à la politique fédérale en vigueur et s'intègre bien au système suisse. Grâce à elle, les cantons particulièrement touchés par les divers aspects de la libre circulation des personnes que sont Genève, le Jura et le Tessin, notamment, peuvent prendre des mesures spécifiques sans que cela implique une réglementation du marché du travail au niveau de toute la Suisse.

Un autre avantage essentiel réside dans la proximité de la mise en œuvre, en ce sens que les cantons connaissent bien la situation qui est la leur et sont à même d'agir de manière ciblée en se fondant sur leur observation du marché du travail. Il en va de même pour les partenaires représentés dans les CP et les CT, dont l'expérience de leur branche est ancrée dans la réalité locale et régionale, ce qui est également un atout important pour l'exécution.

Par contre, ce système d'application dual (domaine de compétences des CP contre domaine de compétences des CT) apparaît comme extrêmement complexe et en partie trop lourd aux interfaces entre les différents acteurs. La coordination de l'exécution est entravée par les différentes formes d'organisation et les diverses définitions. Dans la loi sur les travailleurs détachés, certaines compétences se chevauchent. Dans le domaine des CCT étendues, les CP peuvent ainsi condamner à des peines conventionnelles alors que les cantons peuvent infliger des amendes. Ce système rend en outre la communication difficile pour les autorités cantonales d'exécution. Sans compter que l'opinion publique a de la peine à s'y retrouver dans l'attribution des compétences et des responsabilités aux différentes tâches d'exécution et qu'en cas d'abus, elle adresse donc aux cantons des critiques qui ne correspondent pas toujours aux compétences et aux responsabilités réelles de ceux-ci.

La mise en œuvre décentralisée est par ailleurs délicate pour les entreprises qui doivent régulièrement s'informer, de manière très précise, pour connaître les règles en vigueur dans le canton concerné. Pour les entreprises travaillant pour la première fois ou depuis peu en Suisse, en particulier, cette situation peut être problématique. A noter aussi que la grande majorité des sociétés qui opèrent régulièrement en Suisse respectent les consignes salariales et connaissent maintenant les conditions en vigueur en Suisse.

2.7 Interfaces de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement

Le chapitre ci-après analyse les interfaces existant entre les parties prenantes et les domaines concernés par la mise en œuvre des mesures d'accompagnement.

Cantons - CT

La commission tripartite est souvent assimilée au canton, alors même que les partenaires sociaux en font également partie. Bien que le secrétariat des CT soit généralement assumé par les cantons, les décisions sont bel et bien prises d'un commun accord avec les partenaires sociaux. Communiquer cette réalité s'avère souvent difficile. La supervision des instructions relatives à la mise en œuvre ressortit au SECO ; les autorités politiques des cantons n'ont pas de pouvoir en la matière.

Canton - CT Confédération

Le rôle de la CT Confédération est problématique : contrairement aux cantons, les partenaires sociaux sont représentés dans le Bureau de la CT qui prépare les décisions. Le Bureau pose en outre des jalons d'une portée très étendue, ce qui soulève la question de la légitimation de cette vaste compétence. A supposer que cette légitimation existe, il convient de se demander si les cantons ne devraient pas siéger dans le Bureau de la CT Confédération (voir mesure 11). Les cantons disposent toutefois aussi d'un potentiel d'amélioration pour ce qui est de la présentation d'un front commun au sein de la CT Confédération, qui conférerait davantage de poids à leurs demandes.

Cantons - CP

La transmission des violations constatées contre la loi sur les travailleurs détachés (LDét ; RS 823.20) et l'annonce des cas suspects dans le domaine de l'indépendance fictive ou de la responsabilité des sous-traitants créent une interface dont le bon fonctionnement est essentiel à la mise en œuvre efficace des mesures d'accompagnement. Parallèlement à l'obligation d'annonce des infractions constatées, désormais intégrée à l'accord de prestations entre le SECO et les CP, il convient d'établir des critères clairs dans le cadre de la transmission des cas suspects d'indépendance fictive et de responsabilité des sous-traitants (voir mesure 8).

Mesures d'accompagnement - exécution de la LTN

De manière générale, la loi fédérale sur le travail au noir fait l'objet de réserves (LTN ; RS 822.41). La collaboration avec les assurances sociales, en particulier, se révèle délicate pour des raisons de protection des données.

L'interface entre la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et celle de la LTN n'en demeure pas moins, d'où certains problèmes. Les cantons ont cependant trouvé des bonnes solutions : dans le canton de Thurgovie, par exemple, le premier contrôle effectué dans le domaine des CCT étendues, tant dans le cadre des mesures d'accompagnement que de la LTN, est réalisé par la même instance. Dans le canton de Lucerne, ce sont les associations de contrôle des chantiers PARIcontrol et FAIRCONTROL qui dénoncent les cas suspects dans le cadre de la LTN. La procédure est ensuite harmonisée.

Mesures d'accompagnement - exécution de l'inspection du travail

L'interface entre les mesures d'accompagnement et l'inspection du travail apparaît lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la LDét, aux termes de laquelle les entreprises de détachement sont tenues de respecter les conditions de travail en vigueur en Suisse. De manière générale, tant l'objet de contrôle que la façon dont le contrôle est effectué (consultation contre contrôle) et les entreprises contrôlées sont fondamentalement différents.

3 Mesures d'amélioration

Les mesures d'amélioration proposées ci-après ont été élaborées à partir des problématiques décrites ci-dessus. Elles sont applicables à court ou moyen terme et ne nécessitent pas de changement radical de système. Il s'agit de simples améliorations de la mise en œuvre, ainsi que d'adaptations de l'ordonnance et de la loi.

3.1 Amélioration de la qualité des données

Mesure 1 : Création d'une base de données centralisée relative à la mise en œuvre (analogue au SYMIC)

Dans la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, une plateforme commune d'échange électronique fait défaut. Cette absence entrave l'échange de donnée entre les organes d'exécution requis par la double compétence de sanction en lien avec les travailleurs détachés dans des branches comprenant une CCT étendue, du fait que les CP doivent communiquer aux cantons les violations de la LDét et leur fournir les documents correspondants. Par ailleurs, elle entraîne un surplus de travail lié à l'élaboration des rapports à l'intention du SECO et gêne la comparaison des données, d'où des difficultés de communication supplémentaires.

Le SECO devrait donc créer une base de données centralisée relative à la mise en œuvre (analogue au SYMIC) et en assurer les coûts d'exploitation, comme il l'envisage dans le cadre de la professionnalisation des commissions paritaires. Etant donné qu'il ne s'agit que de mettre à disposition des autres acteurs les données minimales nécessaires à l'exécution, cette attribution ne priverait les cantons d'aucune compétence. L'utilisation de la base de données devrait avoir un caractère obligatoire pour les CP et les CT.

En simplifiant considérablement les interfaces, cette mesure accroîtrait l'efficacité de l'exécution, en particulier pour ce qui est de la collaboration entre les acteurs. Elle faciliterait en outre le travail d'élaboration des rapports des organes d'exécution à l'intention de la Confédération.

Mesure 2 : Fixation de standards minimaux pour la collecte de données

En raison de l'absence de standards minimaux, il est souvent impossible de comparer les données relatives à la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, ce qui empêche d'établir des constats fiables en la matière.

Une base de données centralisée relative à la mise en œuvre (voir mesure 1) impliquerait aussi la définition de standards minimaux pour la collecte de données. Le but serait bien d'améliorer la qualité des données, et non pas d'en accroître la quantité.

Cette mesure aurait pour avantage de fournir des données comparables dans la perspective de l'élaboration des rapports sur l'exécution des mesures d'accompagnement, ce qui rehausserait la qualité du rapport annuel sur les mesures d'accompagnement en réduisant la marge d'interprétation des statistiques qu'il contient. Le débat sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement reposerait ainsi sur des éléments objectifs, ce qui est dans l'intérêt des cantons.

3.2 Calculateur standardisé des salaires

Mesure 3 : Encouragement de la création d'un calculateur standardisé des salaires⁵

Pour déterminer les salaires appliqués dans un lieu et une branche donnés, les CT cantonales se fondent sur des bases très différentes (calculateur des salaires de l'OFS, répertoire zurichois des salaires, etc). L'AOST travaille actuellement avec le SECO, l'Office fédéral des migrations (ODM) et l'Office fédéral de la statistique

⁵ Jusqu'ici, il était toujours question d'un calculateur national des salaires. Ce titre induisant toutefois en erreur, puisqu'il laisse croire à une uniformisation des salaires au niveau national, nous proposons de le modifier pour parler de « calculateur standardisé des salaires ».

(OFS) à la création d'un calculateur standardisé des salaires. Cet instrument permettrait d'établir pour toutes les régions et toutes les branches les consignes salariales de référence en vigueur dans un lieu et une branche précis, ce qui faciliterait le travail des CT cantonales et générerait une pratique plus homogène. A noter à cet égard qu'il ne faut pas confondre salaires de référence et salaires minimaux ; les salaires de référence ne sont pas légalement contraignants. Le cas échéant, les différentes CT devraient continuer à tenir compte des conditions locales lors de la fixation des seuils d'intervention.

3.3 Professionnalisation des CP

Les mesures proposées par le SECO dans le domaine de la professionnalisation allant dans la même direction, les cantons appuient autant que possible le SECO.

Mesure 4 : Remaniement des systèmes d'incitations des CP

Le SECO agit déjà dans ce domaine en vue de la professionnalisation des CP. Il élabore ainsi, par exemple, des standards pour les CP intercantionales et nationales. Néanmoins, il reste encore beaucoup à faire dans ce domaine. Un système d'incitations cohérent contribuerait à résoudre une partie de la problématique des interfaces entre les cantons et les commissions paritaires. Le financement de l'activité de contrôle pourrait notamment dépendre du fait que les CP mènent et concluent leurs procédures contre des entreprises de détachement en respectant les standards minimaux définis et qu'elles annoncent au canton les infractions à la LDét qu'elles auraient constatées (art. 9, al. 1 LDét). Il convient de relever que les cas dans lesquels les CP ont déjà infligé des amendes doivent eux aussi être transmis aux cantons. La question de savoir ce qui se produit lorsque les CP ne respectent pas la recommandation du SECO concernant les amendes doit par ailleurs être réexaminée.

Mesure 5 : Création d'organes centraux d'exécution dans le domaine des CP

La mise en place par les CP d'organes centraux d'exécution chargés de l'application des procédures des CP contribuerait à une professionnalisation de ces dernières. Ce regroupement des tâches permettrait de passer du système de milice à l'institution de CP professionnelles. Il est tout à fait imaginable que les nouvelles dispositions applicables aux CP qui ont résulté des efforts du SECO pour professionnaliser celles-ci entraînent une centralisation de la mise en œuvre, les petites CP en particulier risquant d'avoir du mal à remplir les nouvelles exigences.

Il convient de noter que les organes centraux d'exécution s'occuperaient uniquement de la réalisation et du suivi des contrôles ainsi que de la préparation des décisions des CP. La prise de décision elle-même se ferait cependant sur le plan régional, afin d'éviter d'empiéter sur les structures prévues dans les CCT.

3.4 Collaboration avec le SECO

Les cantons travaillent de manière constructive avec le SECO. Les travaux que réalise actuellement le SECO pour améliorer l'exécution des mesures d'accompagnement sont suivis de près par les cantons. A cet égard, les mesures concrètes à prendre sont les suivantes.

Mesure 6 : Défense commune des intérêts dans les groupes de travail du SECO

Les représentants cantonaux siègent dans différents groupes de travail du SECO sur les mesures d'accompagnement. En coordonnant davantage leurs intérêts avant les séances et en se concertant avant les séances, les cantons seraient mieux à même de défendre leurs intérêts.

Mesure 7 : Elaboration d'instructions concrètes sur la transmission aux cantons des cas suspectés par les CP d'une violation du devoir de diligence (application de la responsabilité des sous-traitants)

L'ordonnance sur les travailleurs détachés ne définit pas les informations et les documents que les commissions paritaires doivent impérativement fournir aux cantons en annexe à leur proposition de contrôle du devoir de diligence. Or il est indispensable de déterminer clairement les compétences. Le SECO prévoit d'élaborer, en collaboration avec les offices cantonaux de l'emploi, une recommandation relative aux conditions préalables et aux exigences nécessaires à l'ouverture d'une procédure de sanction. Ce document définira aussi la collaboration des CP avec les autorités cantonales. Un groupe de travail ad hoc FlaM/LTN s'est attelé à ce travail début août 2013.

Mesure 8 : Interprétation de l'activité lucrative indépendante

Les acteurs interprètent parfois le terme d'activité lucrative indépendante, tel qu'il est utilisé dans la loi sur les travailleurs détachés⁶, de diverses manières. L'activité lucrative indépendante et les éléments qui la distinguent de la subordination de fait devraient être définis de manière uniforme, en collaboration avec les partenaires sociaux.

3.5 Modifications légales

De manière générale, les bases légales régissant la mise en œuvre des mesures d'accompagnement sont efficaces et concrètes. Il n'est donc pas nécessaire de développer encore ce dispositif ; seule son application doit être améliorée. Par ailleurs, il est important que les modifications de loi introduites dans le cadre des mesures d'accompagnement respectent le principe de proportionnalité, car elles ont souvent des incidences économiques sur d'autres domaines. De l'avis des cantons, les seuls domaines dans lesquels des modifications de loi s'imposent sont les suivants.

Mesure 9 : Hausse des amendes administratives

Les amendes administratives, fixées à 5000 francs, sont trop basses et doivent être augmentées, en tenant compte du cadre fédéral réglementant les amendes et les taxes, de manière à ce que les sanctions induisent un changement de comportement. Il convient de veiller à ce que même en cas d'augmentation du montant des amendes, la possibilité de sanctionner une personne morale (employeur) demeure préservée. A noter aussi que la commission de l'UE et les pays voisins critiquent déjà vivement l'obligation d'annonce préalable (règle des huit jours) et que l'augmentation des amendes, même en cas d'infractions contre l'obligation d'annoncer, donnera probablement lieu à de nouvelles critiques.

3.6 Interface cantons - CP Confédération

Les possibilités d'influence des cantons doivent être renforcées au sein de la CP Confédération, en sa qualité d'institution centrale de la Confédération, au moyen des mesures suivantes.

Mesure 10 : Démarche coordonnée des représentants cantonaux dans la CT Confédération

Les cantons devraient s'efforcer, à l'interne, de présenter une position cohérente au sein de la CT Confédération et mandater leurs membres en ce sens.

⁶ voir : <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19994599/index.html>

Mesure 11 : Création d'une représentation des cantons au sein du Bureau de la CT Confédération

A ce jour, les cantons n'ont jamais été représentés au sein du Bureau de la CT Confédération. Etant donné qu'il s'agit là du lieu où l'on détermine les grands axes et où l'on préjuge parfois de facto de décisions à la majorité, il est légitime que les cantons, en leur qualité d'organes d'exécution, fassent valoir leur droit à être représentés dans ce Bureau au sens d'une collaboration constructive avec le SECO et leurs partenaires sociaux. Le point de vue étatique doit impérativement aussi être représenté par les cantons. Dans ce contexte, clarifier les rôles avec le SECO s'avère indispensable.

3.7 Interface mesures d'accompagnement - LTN - inspection du travail

Il convient d'éviter une multiplication des procédures de vérification en coordonnant les contrôles effectués au titre des mesures d'accompagnement et de la LTN. Se pencher sur la question des conditions de travail a un sens lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la LDét, aux termes de laquelle les entreprises de détachement sont tenues de respecter les conditions de travail en vigueur en Suisse. A cet égard, les mesures proposées sont les suivantes.

Mesure 12 : Réalisation des premiers contrôles par une seule et même instance

Le premier contrôle devrait être mené par l'instance qui transmettra ensuite ses observations à l'instance compétente (est déjà appliqué sous une forme ou une autre dans certains cantons). Des contrôleurs et contrôleuses polyvalents seraient engagés à cet effet. Le SECO souhaite procéder à un examen approfondi des conséquences de cette mesure sur le financement de l'activité de contrôle.

Mesure 13 : Création d'un seul et unique accord de prestations entre le SECO et les cantons en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de la LTN

L'idée est de ne plus avoir qu'un seul accord de prestations entre le SECO et les cantons en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de la LTN.

Mesure 14 : Formation de base des inspecteurs chargés de l'application des mesures d'accompagnement et de la LTN dans le domaine de la sécurité au travail et de la protection de la santé

Se pencher sur la question de la sécurité au travail/protection de la santé a un sens lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la LDét, aux termes de laquelle les entreprises de détachement sont tenues de respecter les conditions de travail en vigueur en Suisse. Le personnel chargé de contrôler l'application des mesures d'accompagnement et de la LTN devrait disposer de connaissances de base dans le domaine de la protection de la santé et des conditions de travail pour pouvoir également cibler ses contrôles sur ces questions. L'AOST élabore actuellement une formation de base destinée aux inspecteurs des mesures d'accompagnement et de la LTN ; des connaissances de base concernant les conditions de travail et la protection de la santé pourraient y être intégrées. A long terme, l'objectif doit cependant viser à ce que le personnel chargé du contrôle des mesures d'accompagnement et de la LTN ainsi que les inspectrices et inspecteurs du travail réunissent les compétences générales nécessaires à la surveillance du marché du travail, ce qui permettrait d'exploiter les synergies existantes.

3.8 Echange et coordination entre les cantons

L'échange entre les cantons est très important pour l'amélioration de la qualité de l'exécution. Les mesures potentielles à cet égard sont les suivantes.

Mesure 15 : Ancrage de l'intérêt politique pour la mise en œuvre des mesures d'encouragement par les cantons

Il convient de renforcer à long terme le rôle des cantons dans la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de consolider leur fonction de partenaire de poids. Cette démarche implique avant tout une gestion concertée et ciblée des intérêts cantonaux. A l'avenir les autorités cantonales d'exécution devraient jouer un rôle prospectif dans ce domaine et contribuer à dépassionner le débat sur les mesures d'accompagnement. L'instrument que constituent les mesures d'accompagnement devrait être mieux représenté.

Mesure 16 : Echange par le biais des meilleures pratiques

Les audits pourraient déboucher sur des exemples de meilleures pratiques que les autres cantons étudieraient dans la perspective d'une application dans leur territoire. Les cantons devraient néanmoins disposer d'une certaine marge de manœuvre pour pouvoir adapter ces meilleures pratiques aux spécificités de leur région. L'échange entre les cantons serait organisé par le biais de l'AOST.

Mesure 17 : Regroupement de plusieurs cantons dans le domaine de la mise en œuvre

Les cantons se regrouperaient pour accomplir les tâches dont l'exécution commune favorise l'application des mesures d'accompagnement. Les cantons de petite et moyenne envergure atteindraient ainsi une taille plus propice à la professionnalisation, comme c'est par exemple déjà le cas aujourd'hui en Suisse centrale.

Mesure 18 : Elaboration de modèles et de processus de travail à l'intention des cantons

Des procédures, formulaires et processus de travail devraient être élaborés. Leur préparation ne devrait pas forcément passer par le SECO, comme c'était le cas jusqu'ici, car les autorités cantonales d'exécution disposent des connaissances et de l'expérience nécessaires pour réaliser ce type de projet. L'AOST pourrait initier, accompagner et coordonner ces travaux avec des expertes et des experts cantonaux. Il convient d'examiner les possibilités d'un co-financement par le SECO.

3.9 Information et réaction

Les cantons doivent être plus visibles dans le débat public sur les mesures d'accompagnement. Les médias reflètent régulièrement la position des partenaires sociaux et du SECO. Hormis le fait qu'ils font alors souvent l'objet de critiques, les cantons sont quant à eux peu présents. L'idée est donc d'encourager les autorités cantonales d'exécution à s'imposer aux médias comme des interlocuteurs sur des sujets tant politiques que techniques.

Il faudrait aussi expliquer à l'opinion publique la manière dont les responsabilités de ce système de mise en œuvre extrêmement complexe sont réparties et donner une image réaliste de l'importance économique des mesures d'accompagnement. Le rapport de l'Observatoire sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE constitue une bonne base à cet égard.

Mesure 19 : Planification de la communication

La CDEP et l'AOST planifient ensemble une communication annuelle institutionnalisée dans leurs domaines respectifs et sur les principales déclarations de la Confédération.

Mesure 20 : Communication des cantons au sujet du rapport annuel du SECO sur les mesures d'accompagnement

En avril 2013, les autorités cantonales d'exécution ont pour la première fois participé au Point de Presse du SECO concernant le rapport sur les mesures d'accompagnement. Il est impératif de continuer à être présent lors de cet événement médiatique.

Mesure 21 : Mise à disposition d'informations fournies par le système d'exécution des mesures d'accompagnement sur les portails en ligne de l'AOST et de la CDEP

Afin de faciliter la compréhension du système des mesures d'accompagnement, les portails en ligne de la CDEP et de l'AOST comprendraient des rubriques spéciales illustrant le mieux possible le système d'exécution et les rôles correspondants.

Mesure 22 : Institution d'interlocuteurs des autorités cantonales d'exécution

Les cantons devraient s'imposer, avec le soutien de la CDEP, comme des centres de compétences pour les mesures d'accompagnement. En parallèle, l'AOST constituerait un centre de compétences pour les questions techniques. Ensemble, ils représenteraient ainsi un lien important entre les cantons et la Confédération et apparaîtraient au niveau fédéral comme les interlocuteurs de la Confédération et des partenaires sociaux.

3.10 Solution particulière pour les régions frontalières exposées**Mesure 23 : Moyens supplémentaires pour une offensive des régions frontalières dans le domaine de la mise en œuvre**

Bien que dans l'ensemble l'instrument que constituent les mesures d'accompagnement ait fait ses preuves, il soulève des problèmes spécifiques dans les régions frontalières particulièrement exposées. En lieu et place d'une augmentation unidimensionnelle et généralisée de l'activité de contrôle dans tous les cantons, il convient, dans ces régions frontalières, de lancer une offensive axée sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement. Pour ce faire, il faudra d'abord identifier les cantons concernés sur la base de critères objectifs, puis s'assurer que ces cantons ont déjà épuisé toutes les mesures actuellement disponibles. Une fois ces deux étapes franchies, de nouveaux instruments supplémentaires, dont l'introduction sera limitée à une certaine période, pourront être étudiés.

Pour pouvoir lancer une telle offensive, les cantons devront bénéficier non seulement du soutien politique mais aussi des moyens financiers nécessaires (Confédération et canton).

Membres du groupe de travail

Conseiller d'Etat Benedikt Würth, département de l'économie publique du canton de St-Gall, membres de la CDEP (présidence)

Conseillère d'Etat Isael Rochat, département de la solidarité et de l'emploi de la République et du Canton de Genève, membre de la CDEP

Conseillère d'Etat Laura Sadis, département des finances et de l'économie de la République et du Canton du Tessin, membre de la CDEP

Conseiller d'Etat Christoph Brutschin, département de l'économie, des affaires sociales et de l'environnement de Bâle-Ville, membre de la CDEP

Hans Hofstetter, chef de l'Office de l'économie et du travail du canton de Lucerne, membre de l'AOST

Roger Piccand, chef d'office du canton de Vaud, membre de l'AOST

Bruno Sauter, chef de l'Office de l'économie et du travail du canton de Zurich, président de l'AOST

Edgar Sidamgrotzki, chef d'office du canton de Thurgovie, membre de l'AOST

Ursula Kraft, directrice de l'AOST

Christoph Niederberger, secrétaire général de la CDEP

Seraina Huwiler, secrétariat général de la CDEP

Le présent rapport a été réalisé en collaboration avec **Peter Grasser**, chef du domaine Libre circulation des personnes et Relations du travail au sein de la Direction du travail du SECO.