

Par courriel : info.paam@seco.admin.ch
Confédération suisse
Département de l'économie, de la formation et
de la recherche (DEFR)
Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

Tolochenaz, le 12 août 2020

Consultation relative à la modification de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Motion Abate 19.3473)

Madame, Monsieur,

Fondée en 2019, l'association constructionvaud a notamment pour but de défendre les intérêts de la construction, par une concertation et une coordination de ses membres en vue de prendre des positions communes à l'attention d'entités tierces (autorités politiques, autorités administratives, associations professionnelles, partis politiques, etc.) dans les domaines de l'économie privée, publique, de la formation professionnelle, juridique, technique, politique et des institutions sociales.

En application de l'art. 4 al. 1 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061), Constructionvaud vous adresse des déterminations spontanées sur l'avant-projet cité en exerque.

Constructionvaud salue l'introduction de dispositions sur le respect des conditions minimales de salaires figurant dans des lois cantonales, qui devrait combler une lacune de la loi actuelle. Cependant, Constructionvaud est d'avis que cette proposition de réglementation ne permet pas de régler certains problèmes qui affectent de manière régulière le détachement de travailleurs. Parmi ces problématiques, il convient de citer :

- le détournement des règles sur les conditions minimales de salaire et de travail opéré par certains employeurs peu scrupuleux, qui, en apparence, respectent ces *minima*, mais dans les faits procèdent à des retenues de salaires à leurs travailleurs, parfois sous forme de « ristournes », de retour dans le pays d'envoi pour « compenser » différents frais (transports, logement, etc.), ne leur laissant qu'une faible portion de leurs revenus, ou souvent par des moyens de pression tel que refus de rendre les documents d'identité si le travailleur n'est pas d'accord. Une solution consisterait à ordonner le versement des salaires sur des comptes consignés auxquels seuls les travailleurs auraient accès ou à introduire le paiement systématique d'une caution légale que l'employeur serait appelé à verser pour garantir le paiement desdits salaires ;
- le non-respect du devoir d'annonce (on rappelle ici que l'annonce peut intervenir même après le début effectif de la mission), qui s'explique par le fait que les règles sont trop souples en Suisse, alors qu'elles le sont beaucoup moins chez ses voisins, comme l'Italie, la France ou l'Allemagne (voir annexe).

- l'emploi d'étrangers interdits de séjour en Suisse ou ayant fait l'objet de mesures d'éloignement pour des motifs administratifs ou pénaux et qui ne pouvant plus y séjourner y reviennent travailler par le biais du détachement de travailleurs, souvent dans leur propre entreprise qu'ils ont créée dans un pays voisin de la Suisse ;
- le non-respect des règles en matière de repos et de pauses ;
- le non-respect des règles en matière de sécurité ;
- le non-respect des standards suisses de qualité dans la construction ;
- le non-respect de la durée maximale de 90 jours pour la présence des travailleurs détachés, certains d'entre eux étant envoyés ensuite par d'autres employeurs constitués en personne morale mais détenu par le même administrateur, si bien qu'il arrive fréquemment que des travailleurs effectuent en une année trois ou quatre missions de 90 jours.

Constructionvaud approuve également les propositions de règles relatives aux autorités de contrôle, mais est d'avis qu'il convient également de renforcer les dispositifs de lutte contre le dumping salarial en introduisant des dispositions applicables aux organes paritaires (commissions professionnelles paritaires). En effet, dans le cadre de la plupart des conventions collectives conclues dans le domaine de la construction (convention nationale pour le secteur principal de la construction en Suisse [CN], convention collective de travail du second œuvre romand [CCT-SOR], convention collective Métal-Vaud [CCT-MV]), les partenaires sociaux ont institué des organes de contrôle paritaire sous la forme d'associations dénommées « commissions professionnelles paritaires cantonales » (voir les art. 13 ss CN, 46 ss CCT-SOR et 10 ss CCT-MV). Celles-ci disposent, entre autres compétences, de la capacité de prononcer des peines conventionnelles. Cependant, ces entités ne bénéficient pas d'une délégation de puissance publique, contrairement à ce qui prévaut par exemple à l'égard des organisations du monde du travail en matière de formation professionnelle que l'art. 68a de l'ordonnance du 19 novembre 2003 sur la formation professionnelle (OFPr. ; RS 412.101) autorise à ordonner le versement des cotisations destinées au financement des cours en rendant une décision au sens formel, laquelle est assimilée à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 LP. Un arrêt rendu en 2014 par un tribunal de première instance dans le Canton de Berne a confirmé la problématique rappelée ci-dessus en considérant à juste titre que les conventions collectives constituent des instruments de droit privé, même lorsqu'elles sont étendues, et que le mécanisme de l'exécution commune prévue par l'art. 357b CO ne permet pas aux parties à la convention collective ou à leur commission paritaire de rendre des décisions exécutoires, comme le ferait une autorité administrative. La « décision » d'une commission paritaire n'est qu'une prise de position de partie ; même si elle n'a pas été contestée par son destinataire, elle ne constitue pas un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP (ni d'ailleurs une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP ; voir également TC FR, arrêt du 24 janvier 2008 = RFJ 2008, p. 83). Ainsi, lorsqu'une sanction infligée par une commission paritaire à un travailleur ou à un employeur n'est pas exécutée, il appartient aux parties contractantes d'agir en justice pour obtenir un jugement condamnatore à son encontre (Tribunal régional Jura bernois-Seeland, jugement du 3 avril 2014, CIV 13 1862, consid. 2.3.3). En définitive, la commission professionnelle paritaire doit ouvrir une action pécuniaire devant l'autorité judiciaire civile compétente selon la valeur litigieuse. Ce processus peut s'avérer long et coûteux et il n'est pas à exclure qu'un tribunal rejette les demandes ouvertes contre des entreprises dissidentes en se fondant sur le principe de la liberté contractuelle et sur l'absence d'adhésion par elles à la CCT concernée et à ses clauses pénales.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'existence d'une compétence décisionnelle ne peut être admise sans autre, mais doit reposer sur une base légale suffisante (et la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement le pouvoir

décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches (TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2 = RDAF 2010 I 425), pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas (ATF 129 II 331 consid. 2.3.1 = JdT 2004 I 645 ; TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2 = RDAF 2010 I 425), la délégation de tâches publiques n'incluant cependant pas automatiquement le transfert implicite d'une compétence décisionnelle. En effet, selon la haute cour, il faut encore que l'exercice d'un pouvoir décisionnel s'avère indispensable pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci (ATF 137 II 409 consid. 6.2). Cela étant, qu'une compétence décisionnelle soit expressément déléguée à un organisme extérieur à l'administration ou qu'elle lui soit implicitement conférée à la faveur de la délégation d'une tâche publique dont l'exécution requerra nécessairement le transfert d'un pouvoir décisionnel à cet organisme, cette clause de délégation devra s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur au sens formel (voir par exemple art. 178 al. 3 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101]) ; ATF 135 II 38 consid. 4.4 ; ATF 2C_715/2008 précité, consid. 3.2 *in fine* ; 2A.167/2005 du 8 mai 2006 consid. 7 et 10.2 = RDAF 2007 II 332 ; Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Berne, 2003, rem. n° 11 ad art. 178 Cst., p. 1358 ; BIAGGINI, Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Bernhard Ehrenzeller et al. [éd.], Cologne, 2008, 2^e éd., rem. nos 32 ss ad art. 178 Cst., p. 2642 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Cologne, 2010, 6^e éd., § 1515, p. 340). L'exigence d'une base légale formelle n'exclut pas que le législateur puisse autoriser le pouvoir exécutif, par le biais d'une clause de délégation législative, à édicter des règles de droit (art. 164 al. 2 Cst. ; ATF 130 I 26 consid. 5.1 = JdT 2005 I 143) destinées à préciser les tâches publiques et les pouvoirs y afférents que la loi a confiés à une organisation extérieure à l'administration, ceci valant en particulier pour la délégation de tâches publiques mineures ou purement techniques, étant toutefois précisé que la clause de délégation législative en faveur du Conseil fédéral est soumise à des exigences strictes lorsqu'elle porte sur des tâches de puissance publique (BIAGGINI, op. cit., rem. n° 33 ad art. 178 Cst., p. 2642) ou lorsque les droits et obligations des personnes sont en jeu (art. 164 al. 1 let. c Cst.). Il lui faut dans un tel cas être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués au Conseil fédéral (ATF 131 II 13 consid. 6.4.4 ; ATF 130 I 26 consid. 5.1 = JdT 2005 I 143 ; ATF 128 I 113 consid. 3c).

Dans le cas de l'art. 58 OFPr et des fonds pour le financement de la formation professionnelle, brièvement évoqué ci-avant, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'est pas nécessaire que leur création repose sur une base légale et ou sur une initiative de l'Etat, mais qu'il suffit que ce dernier renonce à accomplir lui-même une tâche d'intérêt public (ATF 137 II 529 consid. 7.3.1). Tel est le cas lorsque l'Etat laisse à la libre initiative des organismes de droit privé le soin d'exécuter une tâche d'intérêt public (SÄGESSER, *Regierungs – und Verwaltungsorganisationsgesetz*, in RVOG, 2007, p. 31), par exemple lorsque, comme dans le cadre de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur formation professionnelle (LFPr ; RS 412.10), la Confédération traite des organismes privés, en l'occurrence les organisations du monde du travail, comme de véritables partenaires en leur donnant compétence de se partager les tâches de promouvoir la formation professionnelle et le financement de cette dernière (ATF 137 II 399 consid. 1.2 ; TF 2_58/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3). Cependant, pour que la tâche dont l'accomplissement était initialement laissé à l'initiative privée et au bon vouloir des organisations du monde du travail, et par voie de conséquence assujettie au droit privé, se transforme en une tâche de l'administration soumise au droit public fédéral, il faut une mesure législative ou réglementaire, et, plus particulièrement, en ce qui concerne l'alimentation de fonds de formation professionnelle, il est nécessaire que le Conseil fédéral déclare obligatoire l'alimentation dudit fonds. A partir de là, dans une telle hypothèse, l'organisation du monde du travail ne traite pas sur pied d'égalité avec les entreprises de la branche qui n'appartiennent pas au cercle de ses membres, mais reçoit de l'Etat, en sa qualité de partenaire de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'encouragement de la formation professionnelle, le droit de percevoir une contribution auprès des entreprises concernées (ATF 137 II 399 consid. 1.6 *in fine*). Elle exerce alors une tâche de l'administration au sens de l'art. 178 al. 3 Cst. (ATF 137 II 529 consid. 7.3.2). Il est également utile de préciser que, pour le Tribunal

fédéral, il est également possible de déduire l'existence d'une délégation de tâches de l'administration à une organisation du monde du travail des conditions auxquelles le Conseil fédéral est en droit d'accéder à une demande d'extension de l'obligation de cotiser à un fonds de promotion : il faut notamment que l'organisation dispose de sa propre institution de formation et que les contributions soient investies dans des mesures de formation professionnelle qui bénéficient à toutes les entreprises, conformément à l'art. 60 al. 4 LFP (TF 2C_558/2009 du 4 février 2010 consid. 1.3 et 2 ; voir également MCF du 6 septembre 2000 relatif à une nouvelle loi sur la formation professionnelle, in FF 2000 5256, spéc. 5318 ss). En définitive, pour qu'une entité de droit privé reçoive valablement une compétence décisionnelle, il faut la réunion des conditions suivantes :

- l'existence d'une base légale de principe ;
- l'existence d'un intérêt public ;
- l'extension par voie d'arrêté fédéral de clauses applicables à une association professionnelle en vue de les rendre obligatoires à l'ensemble des entreprises actives dans le secteur concerné ;
- une clause de délégation en matière décisionnelle.

Une disposition allant dans le sens des considérants qui précèdent pourrait être intégrée dans le cadre de la LDét. et de la LECCT. Il serait également opportun de prévoir dans la LP une disposition conférant le rang de titre de mainlevée définitive aux décisions des CPP. Il est cependant utile de préciser que la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective (LECCT ; RS 221.215.311), prévoit la possibilité d'une telle extension des règles relatives, entre autres aux contrôles (art. 2 let. a LECCT), et, plus particulièrement à une commission professionnelle paritaire, dont les compétences sont définies par les conventions collectives et portent en général sur le pouvoir d'effectuer des contrôles au sein des entreprises liées par la CCT pour signaler d'éventuels comportements contraires à la convention. L'extension poursuit le but que les dissidents respectent aussi la CCT, raison pour laquelle la décision étend également aux dissidents l'éventuelle obligation conventionnelle de se soumettre aux contrôles des organisations contractantes (TC ZH, arrêt du 22 février 1982 = AR/DTA 1983, p. 13 = JAR 1983, p. 276). En l'état du droit, il est utile de rappeler que l'organe de contrôle désigné par une CCT ne constitue pas une instance administrative de droit public dotée de compétences souveraines, à quelques exceptions près notamment le recouvrement des amendes conventionnelles si une exécution commune de la CCT a été convenue dans cette dernière, de sorte que l'organe de contrôle ne peut pas imposer directement ses décisions, lesquelles ne peuvent être considérées au plus que comme des directives qui ne garantissent qu'indirectement l'exécution des dispositions de la CCT étendue. Or, les modifications entrées en vigueur le 15 juillet 2013 dans la LDét. et son ordonnance d'application instituant une responsabilité solidaire en cas de non-respect des conditions minimales de travail et de salaire, bien que figurant dans une législation et réglementation ressortissant au droit public, ne créent que des règles de droit privé, dès lors qu'il appartient au travailleur de faire valoir ses prétentions devant les sous-traitants successifs à son employeur et jusqu'à l'entrepreneur contractant, sans intervention d'une quelconque autorité publique, ce qui rend le système inefficace, voire inefficace (Equey, op. cit., Rz 31). Il va sans dire qu'il existe un intérêt privé prépondérant et un intérêt public à ce que les travailleurs soient rémunérés au juste prix. Cela participe également à la création de conditions équitables en matière de concurrence et permet également aux autorités fiscales et aux assurances sociales de percevoir leur dû. En outre, en l'état, le fait pour un employeur de pratiquer le dumping salarial n'a pas de conséquences pénales à son encontre. L'amende conventionnelle poursuit donc un but similaire. Il est dès lors proposé de modifier, outre les dispositions topiques de la LDét, des art. de la LECCT et de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1).

Art. 2 LDét Conditions minimales de travail et salaire

²quater (modifié) *Si les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire prévoient que les organes paritaires chargés de veiller à l'application de l'accord ont la possibilité d'infliger une peine conventionnelle, les dispositions prévues pour violation de l'art. 2 s'appliquent également aux employeurs qui ont détaché des travailleurs en Suisse et sont assimilées aux décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative et à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.*

Art. 5 LECCT Effets à l'égard des parties contractantes

³ (nouveau) *Les décisions rendues par l'organe de contrôle institué par les parties contractantes sont assimilées aux décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative et à un jugement exécutoire au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.*

Art. 80 LP 2. Par la mainlevée a. Mainlevée définitive

(al. 2) : *Sont assimilés à des jugements :*

5. (nouveau) *Les décisions rendues par les organes de contrôle institués par les parties contractantes à une convention collective ayant fait l'objet d'une décision d'extension au sens de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail.*

En vous remerciant de donner à la présente la suite qu'elle mérite, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

Enrique Zurita

David Equey

Président

Secrétaire général