

15 mai 2013

Rapport explicatif sur le projet de révision de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (ODét)

Mise en œuvre de la responsabilité solidaire

1. Introduction

Des mesures du marché du travail ont été prises pour accompagner l'introduction progressive de la libre circulation des personnes en date du 1^{er} juin 2002¹ entre la Suisse et la Communauté européenne. Ces mesures visent à empêcher que les salaires suisses ne soient mis sous pression par l'ouverture du marché du travail. Une part importante de ces mesures d'accompagnement est fondée dans la loi fédérale du 8 octobre 1999² 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). La loi sur les travailleurs détachés ménage aux travailleurs détachés en Suisse dans le cadre d'une prestation de services le droit à des conditions minimales de travail et de salaire, lesquelles sont en particulier fixées par les lois fédérales, par les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire (CCT étendues) et par les contrats-types de travail (CTT) comportant des salaires minimaux contraignants au sens de l'art. 360a CO (art. 2, al. 1, LDét).

Depuis son entrée en vigueur, la LDét a été adaptée à plusieurs reprises. Le Parlement a décidé les deux modifications suivantes en 2012.

Le 15 juin 2012, le Parlement a adopté de nouvelles dispositions pour améliorer la lutte contre l'indépendance fictive de prestataires de services étrangers. Outre l'obligation de présenter les documents voulus, de nouvelles possibilités de sanction ont été créées, qui permettent notamment de suspendre les travaux si une personne ne peut pas apporter la preuve de son statut d'indépendant (art. 1b LDét). En outre, à l'avenir, des sanctions pourront aussi être prises à l'encontre des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et qui enfreignent les dispositions contraignantes de contrats-types de travail relatives au salaire minimal (art. 9, al. 2, let. c, LDét). Les possibilités d'extension facilitée du champ d'application obligatoire des conventions collectives de travail à toute une branche en cas d'abus ont été élargies (art. 1a LECCT³). De plus, on a introduit l'obligation faite aux employeurs étrangers d'indiquer le salaire des travailleurs détachés dans la procédure d'annonce (art. 6, al. 1, let. a, LDét). Ces modifications sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2013⁴, à l'exception de l'obligation d'annoncer le salaire, qui ne peut être mise en force qu'au 1^{er} mai 2013 en raison des adaptations techniques du système d'annonce en ligne.

Au cours de sa session d'hiver, le 14 décembre 2012, le Parlement a adopté la deuxième partie du projet, qui renforce l'actuelle responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant en cas de non respect des conditions de travail et de salaire par le sous-traitant (art. 5 LDét)⁵. Cette partie, qui n'était pas comprise dans le projet du Conseil fédéral⁶, a été ajoutée

¹ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP) ; RS **0.142.112.681**.

² RS **823.20**.

³ Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail ; RS **221.215.311**.

⁴ RO **2012 6703**.

⁵ FF **2012 8983**.

15 mai 2013

au cours des discussions préliminaires des commissions du Conseil des Etats et du Conseil national. Toutefois, le Parlement a scindé le projet en deux durant la session d'été, afin de ne pas retarder l'adoption des mesures dirigées contre l'indépendance fictive. Durant la pause estivale, dans la perspective de la suite des délibérations sur la responsabilité solidaire en automne 2012, une consultation informelle a été menée auprès des milieux concernés et des cantons. Le projet a été adopté par le Parlement durant sa session d'hiver, raison pour laquelle le thème de la responsabilité solidaire ne se trouve pas dans le message du Conseil fédéral du 2 mars 2012⁷, tandis que des informations générales sur ce thème sont contenues dans le rapport établi par le SECO dans le cadre de la consultation informelle⁸.

2. Lignes générales de la nouvelle disposition légale

L'objectif de la responsabilité solidaire est d'empêcher certains abus liés aux chaînes de sous-traitance, surtout observables dans la branche de la construction. Lorsque des mandats sont sous-traités dans le seul but d'obtenir un bénéfice, la multiplication de cette sous-traitance a pour effet de réduire le niveau des prix. Cette pratique peut induire une pression sur les salaires, notamment si les prix tombent à un niveau auquel l'entreprise en charge de l'exécution ne peut plus respecter les conditions de travail et de salaire sans accuser des pertes. La loi doit contrer ce phénomène et assurer que les conditions de travail et de salaire minimales soient respectées malgré la réattribution de mêmes mandats. L'entrepreneur contractant peut être tenu responsable de veiller à ce que tout sous-contractant qui exécute des travaux au long de la chaîne de sous-traitance respecte les conditions minimales de travail et de salaires prévues. Comparativement à la disposition actuelle de l'art. 5 LDét, la nouvelle réglementation est donc plus incisive. Mais elle permet toutefois à l'entrepreneur contractant d'apporter une preuve libératoire. S'il parvient à fournir la preuve qu'il a rempli son devoir de diligence lors de la sous-traitance des travaux, il est libéré de la responsabilité. A cet effet, l'entrepreneur contractant doit, au moment où les travaux sont attribués, vérifier que les sous-traitants chargés de leur exécution respectent les conditions de travail et de salaire visées à l'art. 2 LDét. Il doit obtenir des sous-traitants qu'ils exposent de manière vraisemblable, par des documents et des justificatifs, qu'ils satisfont aux conditions de travail et de salaire minimales prévues.

La responsabilité de l'entrepreneur contractant a été limitée aux branches qui, selon les observations des organes d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés et des CCT étendues, sont le plus exposées au risque de sous-enchère salariale en raison de la sous-traitance en chaîne des mandats, à savoir le secteur principal et le secteur secondaire de la construction. Dans le cadre de la consultation informelle, divers cantons et le secteur secondaire de la construction ont en outre fait valoir la nécessité de prendre des mesures également envers les sous-traitants établis en Suisse : ils ont exigé l'extension de la responsabilité solidaire à ceux-ci au motif que la problématique se pose de plus en plus également dans les rapports intérieurs de notre pays. De plus, les obligations de la Suisse découlant de l'ALCP ne permettent aucune discrimination de prestataires de services étrangers. De ce fait, le domaine d'application de la LDét, qui couvre les employeurs dont le domicile ou le siège social est à l'étranger, a été étendu, s'agissant de responsabilité solidaire, aux sous-traitants établis en Suisse.

La nouvelle obligation de diligence pose des exigences plus élevées à l'entrepreneur contractant et à ses sous-traitants. Elle entraîne donc des charges plus importantes que la réglementation actuelle, puisqu'elle ne se limite plus à une convention contractuelle de

⁶ Loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2012 3193)

⁷ FF 2012 3161.

⁸ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=fr>

15 mai 2013

respect des conditions minimales. L'entrepreneur contractant qui ne veut pas encourir de risque au titre de la responsabilité doit s'assurer qu'il confie les travaux à un sous-traitant qui respecte les conditions minimales.

Malgré le caractère solidaire de leur responsabilité, la loi prévoit que l'entrepreneur contractant est responsable subsidiairement au sous-traitant et employeur. Cet ordre se fonde dans la conception que l'employeur est le débiteur du salaire et qu'il doit être placé le premier devant ses responsabilités. L'entrepreneur contractant n'est justiciable que si le sous-traitant est poursuivi en vain ou s'il ne peut pas être traduit en justice.

La nouvelle disposition de l'art. 5 LDét entraîne donc certaines modifications fondamentales de l'actuelle réglementation. La possibilité demeure d'infliger une amende administrative, au sens de l'art. 9 LDét, à l'entrepreneur contractant qui ne remplit pas son devoir de diligence. La base légale doit entrer en vigueur le 15 juillet 2013, simultanément aux modifications de l'ODét.

3. Dispositions d'exécution de l'ODét

Malgré son ancrage dans la LDét, la responsabilité solidaire représente une disposition de droit civil. En d'autres termes, le travailleur doit obtenir gain de cause par la voie judiciaire civile face à l'entrepreneur contractant. Cet aspect signifie également que les tribunaux civils, compétents en dernier recours, décideront de l'application de la disposition. La loi prévoit que, pour se libérer de sa responsabilité, l'entrepreneur contractant doit apporter la preuve qu'il s'est acquitté du devoir de diligence commandé par les circonstances quant au respect des conditions de travail et de salaire. Par conséquent, s'agissant de trancher si un entrepreneur contractant a rempli son devoir de diligence, le tribunal devra tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce. La disposition ménage à cet égard un pouvoir d'appréciation au juge. L'art. 4 du code civil suisse (CCS)⁹ prévoit que le juge doit appliquer les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi lui réserve son pouvoir d'appréciation.

Ce contexte déploie également des effets dans la mise en œuvre de la responsabilité solidaire. En raison de sa compétence générale pour édicter des ordonnances d'exécution (art. 182, al. 2, Cst.)¹⁰, et compte tenu de divers articles de loi qui l'y habilitent, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (ODét)¹¹. Si le Conseil fédéral a la compétence d'édicter certaines dispositions d'exécution relatives à la responsabilité solidaire, cette compétence ne suffit toutefois pas à réglementer la mise en œuvre des dispositions légales de manière complète et définitive au niveau de l'ordonnance. Un tel pouvoir contredirait la marge d'appréciation des tribunaux civils mentionnée ci-dessus.

De l'autre côté, les entrepreneurs contractants et les sous-traitants ont besoin d'une certaine sécurité du droit. En tant que destinataires des mesures d'accompagnement et de la LDét, ils ont intérêt à savoir quels sont les effets de la loi et quelles précautions ils doivent prendre pour remplir leur devoir de diligence. Ainsi il est nécessaire de prendre en compte la base de la réglementation de la responsabilité solidaire : Elle a été édictée dans le cadre des mesures d'accompagnement en vue de lutter contre la sous-enchère salariale.. A cet effet, des dispositions prises par voie d'ordonnance peuvent constituer des directives-cadre utiles.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le tribunal détermine toujours dans le cas d'espèce si les conditions sont ou non remplies pour que l'entrepreneur contractant puisse être exempté de sa responsabilité. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ce point pourrait également signifier que le juge procède à l'examen préjudiciel de la constitutionnalité et de la

⁹ RS 210.

¹⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse ; RS 101.

¹¹ RS 823.201.

15 mai 2013

légalité de l'ODét. Il y aurait alors un certain risque que le tribunal parvienne à la conclusion que la disposition de l'ordonnance n'est pas compatible avec la Constitution ou avec la loi et qu'il renonce à l'appliquer. Un tel jugement pourrait avoir, selon les circonstances, des effets sur tous les cas d'application ultérieurs.

Il faut tenir compte de ce contexte juridique pour comprendre les présentes dispositions de l'ordonnance sur la responsabilité solidaire. Elles visent à montrer comment, selon le Conseil fédéral, la disposition peut être mise en œuvre et, en particulier, comment le devoir de diligence peut être rempli. Mais elles n'ont pas la prétention de réglementer la responsabilité solidaire de manière complète, de sorte que la marge d'appréciation des tribunaux demeure dans le cas d'espèce.

4. Commentaires détaillés des dispositions

Le présent projet d'ordonnance a pour but de préciser certains aspects de la responsabilité solidaires visés à l'art. 5 LDét. Il s'agit de montrer à l'entrepreneur contractant et aux sous-traitants comment ils peuvent garantir que les conditions de travail et de salaire minimales soient respectées. Il est ainsi plus facile à l'entrepreneur contractant, lors d'une procédure judiciaire, d'apporter la preuve qu'il a rempli le devoir de diligence commandé par les circonstances.

Les bases du présent projet ont été élaborées dans le cadre d'un groupe d'experts placé sous la direction du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et composé de représentants des partenaires sociaux, des milieux entrepreneuriaux concernés, de la branche de la construction, des cantons et de la SUVA. Les propositions seront soumises aux milieux intéressés lors d'une conférence-audition. Comme déjà mentionné, seuls certains aspects visant à préciser le devoir de diligence seront réglementés dans l'ODét. En complément aux dispositions de l'ordonnance, le SECO prévoit, en coopération avec les cercles concernés, de mettre de l'information et des documents-types à disposition.

L'ordonnance régleme à quels documents et autres possibilités de preuve l'entrepreneur contractant peut se référer pour s'assurer que le sous-traitant respecte les conditions de travail et de salaire minimales visées à l'art. 2 LDét. Ce contrôle, qui doit normalement survenir lors de l'attribution des travaux, vise le comportement futur du sous-traitant. Il doit apparaître vraisemblable à l'entrepreneur contractant, sur la base de l'ensemble des faits, que le sous-traitant respectera les conditions de travail et de salaire minimales pendant l'exécution des travaux.

L'ordonnance définit en outre la teneur de la notion de salaire minimum net (art. 5, al. 1, LDét). La question de la définition du salaire minimum, en lien avec celle de la responsabilité, se pose en particulier en cas d'embauche au salaire mensuel. Lors de tels engagements, aucun supplément n'est généralement prévu pour le salaire afférent aux vacances pro rata temporis, pour le 13^e mois de salaire pro rata temporis ou à titre d'indemnisation des heures supplémentaires.

Enfin, l'ODét est complétée par une disposition sans lien direct avec la responsabilité solidaire. Il s'agit de l'introduction d'une base juridique pour la transmission des détachements de travailleurs soumis à autorisation au sens de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)¹² aux commissions d'exécution paritaire (CP) des CCT étendues. Sont compris dans ces détachements tous les séjours de travailleurs détachés dans le cadre de prestations transfrontalières non soumises à la procédure d'annonce visée à l'art. 6 LDét. Dans le cadre de l'ALCP, il s'agit des détachements de travailleurs d'une durée supérieure à

¹²

15 mai 2013

90 jours par année civile. En ce qui concerne les ressortissants d'états tiers détachés en Suisse par un employeur étranger, l'obligation d'autorisation s'applique à toute activité lucrative de plus de huit jours par année civile (art. 14 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative ; OASA)¹³. Sont aussi comprises les autorisations visant une activité lucrative à court terme (art. 12 OASA), d'une durée totale de quatre mois sur une période de 12 mois (« autorisations de 120 jours »). La transmission des autorisations permettra notamment aux CP de percevoir les contributions aux coûts d'exécution et de perfectionnement dans les entreprises étrangères de détachement qui ne sont pas soumises à la procédure d'annonce.

Chapitre 1 Travailleurs détachés

Art. 7, al. 3 (nouveau) Exceptions à l'annonce obligatoire

L'actuel art. 7 ODét contient une réglementation visant le détachement d'un travailleur soumis à l'obligation d'autorisation au sens de la LEtr (al. 1). Dans ce cas, les autorités qui délivrent les autorisations remettront une copie des autorisations accordées à l'autorité cantonale chargée de recevoir les annonces (al. 2). Désormais, les CP devront également recevoir une copie de la décision d'autorisation.

Les CP peuvent ainsi contrôler, dans les cas de détachement soumis à autorisation, le respect des conditions de travail et de salaire minimales prévues par la CCT étendue. Elles peuvent en outre percevoir les contributions prévues dans la CCT étendue au titre des coûts de perfectionnement, de contrôle et d'exécution. En vertu de l'art. 2, al. 2^{bis}, LDét et de l'ancien art. 8a ODét, ces contributions à l'exécution des CCT s'appliquent aussi aux employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suisse. Ce point est valable aussi bien pour les détachements soumis à l'obligation d'annoncer que pour ceux soumis à autorisation. Contrairement à ce qui prévaut pour les annonces (art. 6, al. 4, LDét), la base juridique fait jusqu'à présent défaut pour la transmission des autorisations aux CP. Le nouvel al. 3 doit combler cette lacune.

Titre précédant l'art. 8a

Section 4 Devoir de diligence de l'entrepreneur contractant lors de l'attribution de travaux à des sous-traitants

Le devoir de diligence, combiné à une responsabilité couvrant toute la chaîne des sous-traitants, exige de l'entrepreneur contractant certaines mesures préventives lors de l'attribution des travaux. A cet égard, il faut noter que l'entrepreneur contractant ne se situe dans un rapport contractuel qu'avec son premier sous-traitant (et non pas avec le deuxième et les suivants). Le premier sous-traitant, quant à lui, n'a de rapport contractuel qu'avec le deuxième sous-traitant, etc. Il faut en tenir compte en définissant le devoir de diligence, tout en veillant à ce que la responsabilité solidaire n'empêche pas que des travaux sous-traités soient confiés à d'autres sous-traitants encore.

De l'avis majoritaire des membres du groupe d'experts, le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant consiste fondamentalement en trois éléments, dont la pondération peut varier selon les circonstances. L'entrepreneur contractant doit décider, dans le cas d'espèce, quel degré de diligence il doit fournir envers un sous-traitant donné et quel poids il doit accorder aux éléments suivants.

¹³

15 mai 2013

1. **Présentation du respect des conditions de travail et de salaire** : normalement, cette étape survient au moment de l'attribution des travaux. L'entrepreneur contractant doit exiger de son sous-traitant qu'il lui présente de manière vraisemblable, au moyen de documents convaincants, qu'il respecte les conditions de travail et de salaire minimales.
2. **Mesures contractuelles** : l'entrepreneur contractant doit régler avec le sous-traitant, dans le contrat d'entreprise, l'éventuelle attribution de travaux à un deuxième et à un troisième sous-traitant. Il peut obtenir les garanties contractuelles que toute sous-traitance soit soumise à son aval. Il peut en outre se ménager contractuellement un droit de regard dans les données salariales aux fins d'exercer son devoir de diligence.
3. **Mesures organisationnelles (compliance)** : des mesures organisationnelles doivent en outre garantir que l'entrepreneur contractant, lors de chaque transmission des travaux dans son projet de construction, puisse contrôler préalablement à chaque fois le sous-traitant responsable de l'exécution. A cet effet, il doit obtenir une vue d'ensemble sur les lieux du chantier, de manière à s'assurer qu'il n'y ait aucun sous-traitant actif dans l'exécution des travaux sur le lieu du chantier, n'ayant pas été contrôlés au préalable.

De nouvelles dispositions sont intégrées dans l'ODét pour définir les éléments du devoir de diligence mentionnés. Elles doivent concrétiser les aspects du devoir de diligence, sans avoir toutefois pour but de régler la responsabilité solidaire de manière complète et définitive au niveau de l'ordonnance. En outre, la notion de « salaire minimum net » doit être définie à l'art. 5, al. 1, LDét.

Art. 8a (nouveau) Salaire minimum net

La responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant pour les sous-traitants étrangers était déjà ancrée dans la législation relative aux travailleurs détachés avant son adaptation du 14 décembre 2012. Dans le cadre du débat concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à l'accord sur la libre circulation des personnes, la responsabilité solidaire a été renforcée et en particulier étendue aux sous-traitants résidant en Suisse. Malgré son extension aux rapports intérieurs, il faut noter que la responsabilité solidaire s'inscrit dans la loi sur les travailleurs détachés et qu'elle doit être interprétée en relation à celle-ci. La LDét se rapporte aux conditions de travail et de salaire minimales prescrites par les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO (art. 2, al. 1, LDét). En conséquence, seules les conditions de travail et de salaire réglementées dans les actes mentionnés sont couvertes par la responsabilité solidaire. De ce fait, la LDét et la responsabilité solidaire ne s'appliquent pas aux exigences du travailleur au-delà de ses droits minimaux en matière de salaire si elles ne sont pas réglementées par les actes mentionnés. Il peut s'agir, par exemple, de primes de succès convenues contractuellement ou d'une gratification. De telles formes de rétribution ont certes un caractère de salaire au sens des art. 6 et 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)¹⁴, mais elles n'entrent pas dans le champ d'application de la LDét.

L'art. 8a définit le montant de responsabilité qui résulte, en cas de responsabilité, après soustraction des déductions de l'employé.

Dans le domaine des CCT étendues, la notion de salaire minimum est souvent employée pour désigner le salaire de base sans suppléments. La rémunération minimale comprend, outre le salaire minimum mentionné, divers suppléments qui découlent de la loi ou de la CCT étendue. L'art. 1 ODét énumère les composantes de la rémunération minimale. Pour la définition du « salaire minimum net », le nouvel art. 8a renvoie à l'énumération de l'art. 1

¹⁴

15 mai 2013

ODét. Selon le type d'indemnisation (salaire horaire ou salaire mensuel), les suppléments visés à l'art. 1 ODét complètent le salaire de base. En cas de rémunération sous forme de salaire mensuel, les éventuels montants supplémentaires pris en compte s'agissant de la responsabilité solidaire dépendent quant à eux des circonstances du cas d'espèce.

La responsabilité de l'entrepreneur contractant comprend le salaire minimum net, c'est-à-dire le salaire brut sous déduction des contributions légales du travailleur aux assurances sociales, des impôts et des impôts à la source ainsi que des contributions aux coûts d'exécution et de perfectionnement dues par le travailleur en vertu des CCT étendues. L'entrepreneur contractant n'est pas responsable de ces déductions. Dans certains états européens, les impôts sont directement déduits du salaire. En pareil cas, ils ne sont pas compris dans le salaire minimum net visé à l'art. 8a, puisque l'entrepreneur contractant ne saurait percevoir les impôts à la place de l'employeur. En cas de rapports de travail intérieurs à la Suisse, seul l'impôt à la source est directement déduit du salaire, raison pour laquelle il n'est pas compris dans le montant de responsabilité.

La limite entre droit au salaire minimum et exigences salariales supplémentaires pourrait s'avérer compliquée dans le cas d'espèce. Si l'on songe que les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs s'en tiennent en particulier au montant du salaire minimum et n'octroient pas de salaire supérieur ou de droits salariaux supplémentaires pour l'engagement en Suisse, des difficultés ne devraient pas survenir en règle générale.

Art. 8b (nouveau) Respect des conditions minimales de salaire et de travail

L'art. 8b doit montrer, à l'aide d'une liste non exhaustive de documents, comment l'entrepreneur contractant peut vérifier que le sous-traitant respecte les conditions de travail et de salaire minimales. Dans le cas d'espèce, le sous-traitant peut aussi fournir d'autres documents et justificatifs pour en témoigner de manière crédible (p. ex. contrats de travail et décomptes de salaire). C'est pourquoi la liste ne doit pas être tenue pour exhaustive. Elle illustre quels documents et justificatifs l'entrepreneur contractant diligent devrait se faire présenter, selon le groupe d'experts.

Les travaux préparatifs ont permis de discuter la diligence requise en se référant à diverses situations du sous-traitant. Les critères suivants ont été notamment mis en évidence : le sous-traitant est-il ou non actif sur le marché depuis déjà un certain temps ? A-t-il déjà coopéré plusieurs fois avec l'entrepreneur contractant et s'est-il avéré fiable quant au respect des conditions de travail et de salaire ? Une CP a-t-elle ou non déjà contrôlé le livre des salaires de ce sous-traitant ? La charge administrative requise pour remplir son devoir de diligence est donc variable selon la situation. Comme nous l'avons mentionné au chapitre 3, la diligence commandée par les circonstances dépend du cas d'espèce, raison pour laquelle elle ne saurait être définie systématiquement et exhaustivement au niveau de l'ordonnance. Si l'entrepreneur contractant veut éviter un risque de responsabilité, il doit se demander s'il a pris les mesures nécessaires, eu égard au sous-traitant visé, pour pouvoir admettre que celui-ci respecte les conditions de travail et de salaire minimales.

A cet effet, les documents et justificatifs présentés par le sous-traitant quant au respect des conditions de travail et de salaire doivent lui apparaître vraisemblables. Dans un procès civil et en droit matériel, afin d'alléger le fardeau de la preuve pour certains faits allégués, on demande que la simple vraisemblance soit établie plutôt que d'exiger une preuve stricte ou une « vraisemblance prépondérante »¹⁵ (p. ex. art. 261 CPC¹⁶). S'agissant de responsabilité

¹⁵ Pour que la vraisemblance soit attestée, il suffit qu'une vraisemblance prépondérante soit présentée.

¹⁶ Code de procédure civile ; RS 272.

15 mai 2013

solidaire, la simple vraisemblance établie constitue le critère qui détermine le degré de diligence exigible de l'entrepreneur contractant. Le respect des conditions de travail et de salaire doit apparaître simplement vraisemblable, mais il ne doit pas être prouvé strictement.

Divers jugements du Tribunal fédéral visant l'établissement de la simple vraisemblance des faits dans le cadre de procédures civiles décrivent la simple vraisemblance comme suit.

- Une simple affirmation ne suffit pas. Il faut que soient attestés des éléments qui rendent objectivement plausibles les faits dont la simple vraisemblance doit être établie (ATF 4P.64/2003, consid. 3.3, en allemand).
- La simple vraisemblance d'un fait est déjà établie si certains éléments indiquent son existence, même si le tribunal retient encore la possibilité que ce fait puisse ne pas s'être réalisé (ATF 132 III 715 ; en allemand).
- Les simples allégations d'une partie ne suffisent pas à établir la simple vraisemblance, même si elles paraissent plausibles. Le début d'une preuve doit être apporté. La preuve doit être administrée au moins dans les grandes lignes (Praxis 2003, n° 71, p. 375 ; en allemand).

Transposés à la vraisemblance du respect des conditions de travail et de salaire, ces jugements signifient que la simple assurance donnée par le sous-traitant ne suffit pas : il doit montrer, par les documents appropriés, qu'il respecte les prescriptions. Inversement, on ne saurait attendre qu'il produise une preuve stricte, puisque le contrôle effectué par l'entrepreneur contractant se rapporte à des faits futurs. C'est pourquoi la disposition légale n'exige que la simple vraisemblance et non pas la preuve complète pour que soit accompli le devoir de diligence.

Art. 8b, al. 1

L'al. 1 contient une énumération des documents susceptibles de montrer que les conditions salariales minimales sont respectées. En ce qui concerne la notion de « conditions salariales minimales », il faut se référer à la définition de la rémunération minimale visée à l'art. 1 ODét. Outre le salaire minimum, elle comprend les indemnités obligatoires pour les heures supplémentaires, le travail à la tâche, le travail en équipe, le travail de nuit, du dimanche et des jours fériés, de même que pour les travaux pénibles. S'y ajoute le salaire afférent aux vacances pro rata temporis et le 13^e mois de salaire pro rata temporis, les jours fériés et les jours de repos payés, le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part conformément à l'art. 324a CO et le salaire en cas de demeure de l'employeur. Le droit au salaire si l'employeur est en demeure d'accepter l'exécution du travail est réglementé dans le code des obligations (art. 324, al. 1, CO).

La *let. a* s'adresse aux sous-traitants étrangers qui ne disposent pas encore d'une confirmation de la CP (cf. *let. c* et *d*). Ils peuvent présenter l'observation des conditions salariales minimales au moyen d'une attestation de détachement. A cet effet, ils peuvent adopter le schéma de calcul existant que les organes d'exécution de la LDét appliquent dans le cadre de la comparaison internationale des salaires. Le salaire minimum et tous les suppléments pour l'engagement en Suisse y figurent. Ce schéma de calcul, disponible sur internet, est d'ores et déjà utilisé comme instrument de calcul du salaire pour l'engagement de travailleurs en Suisse par les entreprises qui détachent des travailleurs. Le salaire déterminant pour les travailleurs détachés se calcule à l'aide de la plateforme de détachement du SECO. Outre le salaire, l'attestation de détachement doit comporter les données relatives à la classe de salaire attribuée, aux salaires minimum et aux horaires de travail selon la CCT étendue qui est applicable pour l'engagement en Suisse.

L'attestation de détachement doit être signée par les travailleurs détachés en Suisse. Si, au moment de l'attribution des travaux, les noms des collaborateurs prévus pour l'engagement

15 mai 2013

en Suisse ne sont pas encore arrêtés, le sous-traitant peut présenter une liste provisoire des travailleurs qui seront éventuellement ou probablement détachés. Cependant, le devoir de diligence implique dans de tels cas que l'entrepreneur contractant exige du sous-traitant une attestation de détachement actualisée comportant la liste des travailleurs effectivement détachés en Suisse. Selon la procédure d'annonce décrite à l'art. 6 LDét, le sous-traitant doit de toute façon indiquer les noms des travailleurs détachés au plus tard huit jours avant le début du travail (art. 6, al. 3, LDét). Dans la procédure d'autorisation, le sous-traitant doit indiquer les noms des travailleurs détachés dès qu'il dépose sa demande d'autorisation. Dans ce contexte, la charge administrative du sous-traitant étranger ne devrait pas être supérieure, ou de peu seulement, à celle qu'il doit déjà assumer lors du détachement de travailleurs en Suisse.

La *let. b* concerne les sous-traitants résidant en Suisse qui ne sont pas en mesure de présenter les attestations des CP visées aux *let. c* et *d*. Par sa déclaration, le sous-traitant atteste qu'il respecte les conditions salariales minimales conformément aux directives de la CCT étendue applicable et aux lois éventuellement applicables en sus. L'attestation être signée par les collaborateurs prévus pour l'engagement. Si ceux-ci ne sont pas encore désignés au moment de l'attribution du mandat, le sous-traitant peut présenter la liste des noms de son personnel régulier.

S'agissant des conditions salariales, la déclaration devrait comporter les éléments de la rémunération minimale mentionnés au début de l'al. 1 : le salaire minimum, les augmentations obligatoires en temps ou en espèces compensant les heures supplémentaires, le travail à la tâche, le travail en équipe, le travail de nuit, du dimanche et des jours fériés ainsi que les travaux pénibles. S'y ajoute le salaire afférent aux vacances pro rata temporis et le 13^e mois pro rata temporis, les jours fériés et les jours de repos payés, le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part conformément à l'art. 324a CO. Si une CCT étendue prescrit la conclusion d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, le sous-traitant peut en prouver l'existence à l'entrepreneur contractant par un certificat d'assurance correspondant.

L'énumération mentionnée vaut en principe tant pour les emplois au salaire horaire que pour ceux au salaire mensuel. Dans ce dernier cas, il convient toutefois de noter que les droits aux vacances et les jours fériés et de repos payés sont alloués sous forme de temps libre et non pas sous forme de versement en espèces. En cas de paiement d'un salaire mensuel, il devrait donc suffire que le sous-traitant déclare la durée minimale de vacances prescrite et les jours fériés et de repos accordés. Cette remarque s'applique également au versement du 13^e mois de salaire. En cas de versement d'un salaire horaire, ces droits doivent figurer sous forme de suppléments en espèces.

La déclaration doit aussi comprendre l'attribution de chaque collaborateur dans sa classe de salaire selon la CCT étendue qui s'applique. Les classes de salaire, qui sont spécifiquement définies dans chaque CCT étendue, dépendent généralement du métier, des qualifications, de la fonction et/ou de l'expérience professionnelle pratique. Le sous-traitant doit en outre indiquer le salaire minimum applicable pour la classe de salaire et les temps de travail prévus par la CCT étendue. Les CCT étendues indiquent les salaires minimaux sous forme de salaire horaire ou, plus souvent, de salaire mensuel. Enfin, la déclaration doit être assortie de la confirmation écrite de chaque collaborateur qu'il reçoit la rémunération minimale prescrite pour la classe de salaire qui lui est attribuée. La signature du collaborateur doit donc se rapporter à l'ensemble des éléments salariaux entrant dans la rémunération minimale.

Let. c : l'attestation d'une CP qui a effectué un contrôle du livre des salaires du sous-traitant vaut également comme preuve du respect des conditions salariales minimales. Le groupe d'experts était unanime pour admettre que l'attestation délivrée par une CP après le contrôle

15 mai 2013

du livre des salaires remplit les conditions pour établir la vraisemblance requise et qu'elle représente donc une preuve adéquate. Mais l'on ne dispose pas d'une définition générale des exigences qualitatives et quantitatives posées à un contrôle du livre des salaires. Ce contrôle peut être complet, couvrir les cinq dernières années et viser tous les éléments de la comptabilité des salaires (temps de travail, vacances, suppléments, etc.) pour tous les membres du personnel. Mais il peut aussi ne consister qu'en sondages. Les contrôles par sondage se limitent à certaines questions de comptabilité des salaires, à une partie des collaborateurs et ils ne couvrent que les douze ou 24 derniers mois.

L'organisation des contrôles de livres de salaires relève de l'autonomie d'exécution des CP. Ce point ne doit pas subir de modification sous le régime de la responsabilité solidaire. En conséquence, chaque CP doit définir, s'agissant de sa CCT étendue, pour quels types de contrôle elle entend produire des attestations si le résultat est positif. Il n'existe aucune obligation de produire des attestations et aucun droit à en obtenir. Cependant, dans leur pratique future en matière d'attestation, les CP devront veiller au principe d'égalité de traitement : elles ne pourront pas défavoriser les entreprises non parties à une CCT étendue, même si elles sont étrangères, par rapport aux entreprises membres de l'association. Les différences de traitement ne sont licites que si elles reposent sur des raisons objectives. Elles ne sauraient produire des effets discriminatoires.

Le groupe d'experts a laissé ouverte la question de la durée de validité des attestations, étant donné qu'un contrôle du livre des salaires peut être effectué plus ou moins minutieusement. Les experts étaient unanimes pour dire qu'une attestation basée sur un contrôle complet du livre des salaires est plus concluante, s'agissant de la fiabilité du sous-traitant, et qu'elle peut donc aussi être un peu plus ancienne qu'un contrôle par sondage. De ce fait, l'attestation de la CP peut avoir une validité de trois ans si un contrôle complet du livre des salaires, portant sur une période de trois ans, a été effectué. En revanche, l'attestation basée sur un simple contrôle par sondage ne devrait être valable que pour une moindre durée. Les « contrôles de chantier », sans vérification subséquente des décomptes de salaire, ne sont pas considérés comme valables, puisqu'ils reposent pour l'essentiel sur les questions posées aux travailleurs présents et qu'ils visent plutôt à clarifier la nécessité de procéder à un contrôle approfondi. Les associations auront pour tâche de fournir des directives et des recommandations quant aux détails des attestations produites par les CP et à leur gestion dans le cadre de l'exercice du devoir de diligence par l'entrepreneur contractant. Quoi qu'il en soit, compte tenu des chiffres actuels sur les contrôles effectués dans le cadre de l'exécution des CCT étendues, seule une minorité de sous-traitants devrait disposer d'une attestation de CP. Une attestation de CP ne rend pas superflue la déclaration relative aux prescriptions de droit public concernant la sécurité du travail et la protection de la santé (al. 2). Celle-ci est donc aussi nécessaire, même si une attestation de CP est présentée, car le contrôle réalisé par une CP ne couvre pas ou que partiellement l'observation du droit du travail public.

Let d : une autre possibilité d'apporter la preuve que les conditions de travail et de salaire minimales sont respectées consiste à informer au moyen d'un registre que les dispositions de la CCT étendue sont satisfaites. Certaines branches du secteur secondaire de la construction ont déjà introduit un tel registre pour les marchés publics et pour les attributions de mandats privés. Il est également possible d'utiliser le registre dans le contexte de la responsabilité solidaire si le sous-traitant peut prouver son inscription dans le registre à l'entrepreneur contractant. La mention dans le registre devrait indiquer que les dispositions de la CCT étendue n'ont pas été transgressées et qu'aucune procédure liée à une telle transgression n'est en cours.

Afin que l'inscription dans le registre puisse servir de preuve s'agissant de l'accomplissement du devoir de diligence, le registre doit satisfaire à certaines conditions qualitatives. Il doit être

15 mai 2013

tenu conjointement par les associations d'employeurs et d'employés ou par une autorité. En outre, la mention portée au registre doit reposer sur un contrôle du livre des salaires. L'inscription dans le registre peut comporter des informations relatives à d'autres critères qui ne sont pas nécessairement pertinents pour le devoir de diligence au sens de la LDét (p. ex. le versement de contributions aux coûts professionnels et d'exécution). La question de savoir si, en raison d'une inscription dans le registre, la déclaration spontanée visée à l'al. 2 est requise en sus, dépend de ce que le registre renseigne ou non sur le respect des conditions de travail selon le droit public.

De l'avis des experts, l'inscription dans un registre ne suffit pas si elle repose sur la simple déclaration spontanée du sous-traitant. La mention portée au registre devrait dépendre d'un contrôle préalable des organes d'exécution.

Art. 8b, al. 2

L'art. 2, al. 1, LDét renvoie aux conditions de travail prescrites par les lois fédérales, les ordonnances du Conseil fédéral, les CCT étendues et les CTT. Les conditions de travail comprennent la durée du travail et du repos, la durée minimale des vacances, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes, la non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes. L'art. 2 ODét définit plus précisément les réglementations de la durée du travail et du repos, qui est particulièrement réglementée dans le droit du travail public¹⁷ et dans les CCT étendues.

De l'avis du groupe d'experts, les conditions de travail mentionnées ne peuvent pas, dans la plupart des cas, faire l'objet d'attestations de tiers (organes de contrôle ou inspections). La première solution à se présenter est celle de la déclaration spontanée du sous-traitant. Si celui-ci dispose d'une certification reconnue¹⁸, il doit pouvoir en faire usage à titre de justificatif (let. b). L'administration élaborera et publiera, en coopération avec les experts, des documents-types de déclaration spontanée du sous-traitant concernant la sécurité, la santé et l'hygiène au travail. Notons que la responsabilité solidaire ne change rien aux obligations de l'entrepreneur contractant et du sous-traitant quant à la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, qui peuvent découler pour eux d'autres sources telles que l'ordonnance sur les travaux de construction, la norme SIA 118 ou de règles reconnues de l'art de construire.

Si la durée des vacances est déjà comprise dans la déclaration relative aux conditions salariales, mentionnée à l'al. 1, il n'est pas nécessaire de la déclarer encore une fois au titre des conditions de travail.

Art. 8b, al. 3

S'agissant d'entreprises actives sur le marché depuis peu de temps seulement, le groupe d'experts estime plus difficile que pour les entreprises établies de faire un pronostic quant au respect des conditions minimales. Un certain temps s'écoule jusqu'à ce qu'une nouvelle entreprise soit contrôlée pour la première fois par une CP ou l'inspection du travail. Selon les experts, il est un peu moins sûr qu'une telle entreprise respecte les conditions minimales. De ce fait, il est indiqué de lui poser des exigences plus élevées pour établir la vraisemblance de ses allégations que s'il s'agit d'une entreprise active depuis des années sur le marché sans que l'on ait constaté d'infraction aux conditions de travail et de salaire. C'est pourquoi, pour les sous-traitants dont le siège ou le domicile est en Suisse, qui sont inscrits au Registre du

¹⁷ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr ; RS 822.11) et ordonnances 1 à 5 de la LTr.

¹⁸ Système de gestion de la santé et de la sécurité au travail OHSAS 18001.

15 mai 2013

commerce depuis moins de deux ans seulement et qui ne peuvent pas encore présenter d'attestation de contrôle d'une CP au sens de l'al. 1, let. c ou d, on exige que les déclarations visées aux al. 1 et 2 soient remises aux CP compétentes pour qu'elles puissent effectuer un contrôle. Cette obligation incombe également aux entrepreneurs indigènes qui ne se sont pas fait inscrire au Registre du commerce. Dans ce cas, lesdits entrepreneurs sont tenus d'apporter à l'entrepreneur contractant la preuve qu'ils sont actifs sur le marché suisse depuis plus de deux ans. Sur la base des informations indiquées ci-dessus, les CP peuvent planifier leurs contrôles de manière mieux ciblée et elles ne doivent pas se mettre en quête d'entreprises nouvelles à l'aide de la FOSS, des annuaires téléphoniques, etc. Pour les entreprises étrangères, cette information n'est pas nécessaire, puisqu'elles sont soumises à l'obligation d'annoncer (art. 6 LDét).

Le sous-traitant n'est pas tenu d'informer la CP à chaque nouveau mandat reçu. Il suffit qu'il puisse prouver à l'entrepreneur contractant qu'il a déjà adressé une fois ses documents à la CP.

Art. 8b, al. 4 et 5

Les al. 4 et 5 contiennent une réglementation concernant le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant qui, ayant déjà travaillé plusieurs fois ou régulièrement avec le même sous-traitant, a pu observer par le passé que celui-ci respecte les conditions minimales. De l'avis du groupe d'experts, une présentation systématique des documents n'est pas généralement requise dans de tels cas à chaque attribution de mandat.

Si l'entrepreneur contractant est en situation de pouvoir se fier au sous-traitant, une nouvelle vérification des documents n'est requise que si une occasion particulière le justifie. L'al. 5 cite, sans être exhaustif, les raisons justifiant une telle vérification :

- des modifications importantes des conditions de travail et de salaire dans les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ;
- des modifications affectant une part importante du personnel régulier en Suisse, respectivement des travailleurs normalement détachés en Suisse - l'entrepreneur contractant a connaissance que le sous-traitant a transgressé les conditions de travail et de salaire impératives.

D'importantes modifications des conditions de travail et de salaire peuvent notamment survenir, lorsqu'une CCT nouvellement négociée a été déclarée de force obligatoire. Ces modifications devraient surtout concerner les dispositions réglementant le rapport de travail individuel (dispositions normatives), par exemple un nouveau droit au 13^e mois de salaire, d'autres périodes de travail, une nouvelle convention sur les salaires minimaux, une nouvelle réglementation des suppléments ayant un effet sur le salaire ou un autre domaine d'application de la CCT déclarée de force obligatoire. En revanche, l'adaptation annuelle des salaires minimaux à l'évolution des salaires et du renchérissement ne constitue pas de manière générale une modification importante qui entraîne dans chaque cas une nouvelle vérification. L'entrepreneur contractant doit toutefois s'informer des modifications survenant dans les CCT étendues et évaluer s'il y a lieu de se faire présenter de nouveau les documents.

Une autre raison pourrait résider dans un important changement de personnel chez le sous-traitant. S'agissant d'un sous-traitant résidant en Suisse, on devrait normalement pouvoir se référer au personnel régulier, tandis que l'on se référera aux travailleurs normalement détachés en Suisse dans le cas d'un sous-traitant étranger. L'entrepreneur contractant doit obliger contractuellement le sous-traitant à lui annoncer les importants changements qui surviennent dans ses effectifs.

15 mai 2013

En ce qui concerne la définition des « modifications importantes », on peut se référer au taux de fluctuation¹⁹ du secteur principal et du secteur secondaire de la construction. Dans le secteur de la construction, le taux de fluctuation est supérieur à la moyenne suisse : il y était de 12,3 % en 2007 (contre 9,7 % pour la moyenne nationale suisse). En 2011, le taux de fluctuation dans le secteur de la construction était de 13,1 %, alors que la moyenne suisse était de 11,6 %. Un taux de fluctuation élevé est généralement efficace en cas de surcapacité en personnel ou si l'entreprise génère du savoir-faire nouveau en engageant des spécialistes externes. Le seuil déterminant précisant ce qu'il faut qualifier de modification importante dépend donc du cas d'espèce. La valeur indicative générale devrait se situer autour de 20 % environ. Ce taux devrait s'appliquer, que ce soit annuellement ou pendant une période plus longue. Lorsque l'effectif est renouvelé d'environ 20 %, il faudrait procéder à une nouvelle vérification des conditions de travail et de salaire.

Une autre raison de se montrer plus prudent survient lorsque l'entrepreneur contractant a connaissance de ce que le sous-traitant a transgressé les conditions de travail et de salaire minimales. L'entrepreneur contractant doit alors renouveler sa vérification auprès du sous-traitant lors de sa prochaine attribution de mandat. Cependant, l'al. 5 ne vise pas la démarche de l'entrepreneur contractant au moment où il apprend que le sous-traitant transgresse les conditions minimales pendant l'exécution des travaux. L'al. 5 ne concerne que le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant en cas de nouvelle attribution d'un mandat.

Le groupe d'experts a également discuté la question de savoir si et comment l'entrepreneur contractant doit réagir, lorsqu'il reçoit, pendant l'exécution des travaux, des indices selon lesquels le sous-traitant transgresse les conditions de travail et de salaire qui ont fait l'objet de sa présentation vraisemblable lors de l'attribution des travaux. Bien que le devoir de diligence de l'entrepreneur contractant ne change rien au système d'exécution actuel de la LDét et aux compétences liées à l'activité de contrôle des organes, les experts sont unanimes pour dire que l'entrepreneur contractant doit agir dans de telles situations, ne serait-ce que pour réduire le risque d'une possible responsabilité ultérieure. En premier lieu, l'entrepreneur contractant doit intervenir directement auprès du sous-traitant responsable et enjoindre d'améliorer la situation, sous peine d'une notification aux organes de contrôle compétents. Si une telle intervention n'est pas possible ou si le sous-traitant ne donne pas suite à l'injonction de l'entrepreneur contractant, celui-ci doit informer les organes de contrôle compétents de ses observations, afin qu'ils puissent prendre les mesures requises. Cette démarche ne change toutefois rien aux obligations incombant à l'entrepreneur contractant en vertu des autres normes auxquelles il doit satisfaire pendant l'exécution des travaux, par exemple les dispositions en matière de sécurité sur le chantier.

Art. 8c Dispositions contractuelles et organisationnelles

a) Dispositions contractuelles

L'extension de la responsabilité à toute une chaîne de sous-traitance exige, de l'avis du groupe d'experts, certaines dispositions par lesquelles l'entrepreneur contractant doit garantir qu'il peut procéder à des vérifications, au moment de la réattribution du mandat, auprès de tous les sous-traitants qui exécutent des travaux. Dans ce contexte, il faut considérer que l'entrepreneur contractant n'entretient de rapport contractuel qu'avec son premier sous-traitant, mais non pas avec les sous-traitants suivants. Le premier sous-

¹⁹ Le taux de rotation net ou taux de fluctuation est le ratio par toutes les personnes qui ont changé d'emploi entre un trimestre donné de l'année t-1 et le trimestre correspondant de l'année t et l'ensemble des actifs au début de la période d'observation.

15 mai 2013

traitant, quant à lui, n'a de rapport contractuel qu'avec le deuxième sous-traitant, etc. Il faut tenir compte de ce fait au moment de définir le devoir de diligence. L'entrepreneur contractant doit veiller à recevoir les documents et justificatifs également des sous-traitants avec lesquels il ne se trouve pas dans une relation contractuelle directe.

L'ODét n'arrête pas en détail quelles dispositions concrètes sont à prendre. Ce point dépend lui aussi des circonstances du cas d'espèce. C'est pourquoi l'ODét formule de manière générale les dispositions qui relèvent du devoir de diligence.

S'agissant des dispositions contractuelles, le groupe d'experts était unanime pour affirmer que l'entrepreneur contractant doit faire soumettre à son aval la réattribution du mandat à un deuxième ou à d'autres sous-traitants. Il doit en outre obliger son sous-traitant à lui remettre, au moment de la réattribution du mandat à un deuxième sous-traitant, les documents et justificatifs de ce dernier concernant le respect des conditions de travail et de salaire. De plus, il doit obliger le premier sous-traitant à obliger lui-même contractuellement le deuxième sous-traitant à faire valider par l'entrepreneur contractant la réattribution du mandat à un tiers et à remettre à l'entrepreneur contractant les justificatifs du troisième sous-traitant concernant les conditions de travail et de salaire. L'entrepreneur contractant peut aussi se ménager contractuellement le droit de demander les documents directement au deuxième sous-traitant (Stipulations pour autrui, art. 112 CO). En outre, il doit obliger son sous-traitant à transférer ce droit envers chaque autre sous-traitant. La loi ne prescrit pas de forme aux dispositions contractuelles. Aux fins de preuve, elles devraient être convenues par écrit.

En principe, l'autorisation de réattribuer un mandat doit être obtenue *au préalable*. La question de savoir si l'aval de l'entrepreneur contractant peut aussi être obtenu a posteriori concerne principalement le droit du contrat d'entreprise et les conventions individuelles passées entre l'entrepreneur contractant et le sous-traitant. L'entrepreneur contractant doit en tout cas veiller à pouvoir exercer le devoir de diligence voulu même en cas d'autorisation a posteriori.

Dans la branche de la construction, il est d'ores et déjà usuel de limiter l'attribution et la réattribution de mandats. La norme SIA 118 comporte par exemple une disposition selon laquelle l'entrepreneur ne peut recourir à un sous-traitant que si le contrat d'entreprise le prévoit ou si le maître d'ouvrage l'autorise expressément (art. 29, al. 3, norme SIA 118).

b) Dispositions organisationnelles

Comme déjà mentionné, la responsabilité solidaire, conçue comme une responsabilité en chaîne, place l'entrepreneur contractant devant certains défis, car il ne se trouve dans un rapport contractuel qu'avec son sous-traitant direct. Mais la responsabilité solidaire ne doit pas empêcher pour autant que des travaux puissent être réattribués, pendant la phase des travaux, à d'autres sous-traitants.

C'est pourquoi l'accomplissement du devoir de diligence implique notamment que l'entrepreneur contractant exerce son droit au contrôle du respect des conditions de travail et de salaire envers chaque sous-traitant de la chaîne. Ce devoir de diligence de l'entrepreneur contractant comprend l'obligation qui lui est faite d'assurer la surveillance sur les lieux du chantier. Il doit avoir une vue d'ensemble qui lui permette de juger s'il a effectivement reçu, de tous les sous-traitants qui exécutent des travaux au long ou au bout de la chaîne de sous-traitance, les documents requis relatifs aux conditions de travail et de salaire. Il doit garantir, par des mesures organisationnelles, qu'aucun sous-traitant ne travaille sur le chantier sans qu'il en ait vérifié les documents mentionnés lors de l'attribution des travaux. Il n'est pas possible de réglementer par voie d'ordonnance quelles mesures organisationnelles sont indiquées dans le cas d'espèce. On peut envisager par exemple des contrôles d'accès, déjà usuels aujourd'hui sur les grands chantiers. Pour les petits chantiers, la présence de l'entrepreneur contractant sur le chantier, par exemple en la personne d'un directeur de

15 mai 2013

chantier ou d'un chef d'équipe qui a la vue d'ensemble des sous-traitants présents, devrait suffire comme disposition organisationnelle.

Art. 8d (anciennement art. 8a)

L'actuel art. 8a (Contributions aux frais de contrôle et d'exécution), au chapitre 2, doit être déplacé pour des raisons de systématique et former le nouvel art. 8d, lequel reste compris dans le chapitre 2.

5. Conséquences financières

a) Pour la Confédération et les cantons

Des dépenses financières supplémentaires sont attendues pour la Confédération et les cantons. Le nouvel art. 5 LDét prévoit que les autorités cantonales peuvent sanctionner la violation par l'entrepreneur contractant de son devoir de diligence visé à l'art. 9 LDét. Cette nouvelle possibilité de sanction entraînera probablement une charge accrue pour les autorités cantonales.

La sanction de la violation du devoir de diligence se déploie dans le cadre du système d'exécution actuel des mesures d'accompagnement. Le respect du devoir de diligence ne fait toutefois pas partie de l'objet de contrôle systématique prévu par la loi sur les travailleurs détachés. Savoir s'il est indiqué, dans le cas d'espèce, de vérifier le respect du devoir de diligence par l'entrepreneur contractant relève de la compétence et de l'appréciation des autorités cantonales. Les commissions paritaires effectuent les contrôles auprès des sous-traitants de Suisse et de l'étranger. Si elles constatent des infractions aux conditions de travail et de salaire minimales, elles doivent les annoncer aux autorités cantonales. Dans ce cadre, elles peuvent aussi nommer un éventuel entrepreneur contractant. En cas de violation par des sous-traitants résidant en Suisse, les CP peuvent également annoncer aux autorités cantonales qu'une infraction a été constatée et qu'un entrepreneur contractant a sous-traité les travaux. Comme la responsabilité solidaire comprend désormais les sous-traitants étrangers et suisses, il est difficile d'estimer les charges, car on ne peut pas déterminer le nombre exact des rapports de sous-traitance. Approximativement estimés, les coûts supplémentaires liés à la sanction des entrepreneurs contractants sont compris entre 200'000 et 400'000 francs par an. Ces coûts sont assumés pour moitié par la Confédération et pour moitié par les cantons (art. 7, al. 3, LDét).

b) Pour les entreprises concernées

Bien que la modification proposée de l'ordonnance sur les travailleurs détachés doive permettre aux entrepreneurs contractants de remplir leur devoir de diligence efficacement et sans charge administrative supplémentaire excessive, on ne saurait exclure que la responsabilité solidaire n'entraîne certaines conséquences sur la branche de la construction.

Les modifications de l'ordonnance prévoient que l'entrepreneur contractant doit prendre des mesures contractuelles et organisationnelles pour garantir qu'il recevra et vérifiera les documents et justificatifs nécessaires du sous-traitant concerné chargé de l'exécution. La forme concrète de ces mesures incombe à l'entrepreneur contractant. L'ordonnance se limite à exiger de celui-ci qu'il oblige le sous-traitant à soumettre la réattribution des travaux à son aval. Bien que de telles obligations d'autorisation existent d'ores et déjà pour la sous-traitance de mandats, la responsabilité solidaire pourrait, en raison de cette obligation d'autorisation, induire un raccourcissement des chaînes de sous-traitance. Les spécialistes

15 mai 2013

et partenaires sociaux représentés dans le groupe d'experts estiment toutefois plutôt positive une telle évolution, qui contribuera à empêcher la concurrence déloyale préjudiciables aux salaires minimaux. On peut aussi imaginer que les entrepreneurs contractants coopèrent davantage avec les sous-traitants qu'ils connaissent déjà et qui bénéficient d'un rapport de confiance. Il s'agirait d'une barrière à l'entrée pour les nouvelles entreprises désireuses de s'établir sur le marché, qui pourrait défavoriser ces dernières.

Certaines charges administratives sont également imposées aux entreprises sous-traitantes. Le sous-traitant doit mettre tous les documents et justificatifs à la disposition de l'entrepreneur contractant et lui expliquer de manière vraisemblable qu'il respectera les normes minimales en vigueur. Comme exemples de tels documents, citons l'attestation de la commission paritaire compétente ou une déclaration spontanée concernant l'observation des conditions de travail. Il est aussi envisageable que l'entrepreneur contractant prévoie, dans la conception du contrat, des mesures visant à réduire son risque de responsabilité, par exemple en la forme d'une prestation de garantie. De telles garanties pourraient induire des pénuries de liquidités dans les PME. De telles dépenses administratives et financières ont un caractère de coûts fixes, qui peuvent dissuader de petites entreprises à se porter candidates à de tels mandats. En raison du caractère de coûts fixes de la charge administrative, la responsabilité solidaire pourrait avoir des conséquences défavorables aux petites entreprises (établies en Suisse ou à l'étranger).

Il n'est pas possible d'évaluer définitivement les effets possibles de la responsabilité solidaire. Mais la conception du devoir de diligence permet de prévoir que la responsabilité solidaire aura principalement les effets positifs souhaités. Bien que d'éventuels effets négatifs ne puissent être complètement exclus, des conséquences négatives de grande portée ne sont pas probables.

6. Entrée en vigueur

Le présent projet entre en vigueur au 15 juillet 2013.