

Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes

Avis du Conseil fédéral du 18 janvier 2012

Prise de position de la Commission de gestion du Conseil national

du 8 mai 2012

Madame la Présidente de la Confédération,
Mesdames et Messieurs les Conseillers fédéraux,

La Commission de gestion du Conseil national (CdG-N), en référence à l'avis du Conseil fédéral du 18 janvier 2012 au sujet du rapport de la CdG-N sur l'évaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes du 21 octobre 2011, prend position dans le court rapport ci-après.

Veillez croire, Madame la Présidente de la Confédération, Mesdames et Messieurs les Conseillers fédéraux, à l'assurance de notre haute considération.

8 mai 2012

Au nom
de la Commission de gestion du Conseil national:

Le président, Ruedi Lustenberger
La secrétaire, Beatrice Meli Andres

Rapport

1 Introduction

Le 21 octobre 2011, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a publié son rapport sur l'*Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes*¹ à l'attention du Conseil fédéral. Elle s'était basée sur une évaluation menée par le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA)² et sur un rapport d'experts³.

Dans son rapport contenant trois recommandations et un postulat, la CdG-N a développé ses constats généraux sous l'angle du pilotage/engagement du Conseil fédéral, de la mise en œuvre différenciée des mesures d'accompagnement, des lacunes juridiques au niveau des mesures elles-mêmes, des lacunes dans le concept des contrôles, de la communication insuffisante des autorités fédérales et du manque de ressources investies dans ce domaine.

Enfin, la CdG-N avait invité le Conseil fédéral à prendre position sur son rapport du 21 octobre 2011, ainsi que sur l'évaluation du CPA du 16 juin 2011 d'ici la fin du mois de janvier 2012. Le Conseil fédéral a également été prié d'indiquer au moyen de quelles mesures et dans quel délai il envisageait de mettre en œuvre les recommandations de la commission.

Le Conseil fédéral a adressé sa prise de position à la CdG-N le 18 janvier 2012⁴. La CdG-N a décidé de répondre à certains éléments essentiels de cette prise de position dans le présent rapport. Pour le reste, la commission maintient sa position développée dans son rapport du 21 octobre 2011.

¹ 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 21.10.2011 (FF **2012** 1027)

² Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 16.6.2011 (FF **2012** 1039)
Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport explicatif du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 16.6.2011 (seulement en français): www.parlament.ch/f/organe-mitglieder/kommissionen/parlamentarische-verwaltungskontrolle/veroeffentlichungen/berichte-2011-2012/Documents/bericht-pvk-exp-flank-massnahmen-2011-06-16-f.pdf, consulté le 1.3.2012

³ Henneberger, Fred und Ziegler, Alexandre: «Kritische Würdigung der bestehenden Analysen über die Wirksamkeit der FlaM zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping. Expertenbericht (Teil 1)», Universität St. Gallen, 10.10.2010
Henneberger, Fred und Ziegler, Alexandre: «Überprüfung von Lohndruck aufgrund der Personenfreizügigkeit. Expertenbericht (Teil 2)», Universität St. Gallen, 19.2.2011

⁴ Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport du 21.10.2011 de la Commission de gestion du Conseil national, avis du Conseil fédéral du 18.1.2012 (FF **2012** 1075)

2 Considérations de la CdG-N

2.1 Généralités

Le Conseil fédéral accepte les recommandations de la commission, ce qui est globalement positif. Néanmoins, ses remarques spécifiques vont à l'encontre des constats de la CdG-N dans la quasi-totalité de son avis. Sur le principe, ces contradictions ne sont pas satisfaisantes aux yeux de la CdG-N.

Ces remarques sèment également le doute quant à la volonté du Conseil fédéral de mettre en œuvre les recommandations de la CdG-N.

Par ailleurs, la commission a constaté que le Conseil fédéral semble avoir basé son avis sur une version antérieure provisoire du rapport (projet adressé au DFE pour consultation), et non pas sur la version adoptée par la CdG-N le 21 octobre 2011 et transmise au Conseil fédéral. La prise de position du Conseil fédéral au sujet des recommandations 1 et 2 est dès lors susceptible d'imprécisions.

Dans sa prise de position, le Conseil fédéral n'a fourni aucune indication temporelle quant aux développements nécessaires en matière de mesures d'accompagnement, quand bien même la CdG-N avait requis ces informations. Il y a lieu de rappeler qu'aucune stratégie n'a existé de 2004 à 2010 et que la stratégie actuelle n'est que partiellement effective. Il est donc impératif que des délais soient enfin définis.

En outre, tout au long de son avis, le Conseil fédéral se décharge de ses responsabilités en déléguant systématiquement ses compétences au Département fédéral de l'économie (DFE) et/ou au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Or, la CdG-N a explicitement exposé la nécessité d'une implication du Conseil fédéral en tant que collègue dans ce dossier, dont la portée économique et politique est évidente, afin qu'il rectifie ce qui constitue la nature des problèmes identifiés. Au vu de l'autonomie des cantons, un pilotage au plus haut niveau et revêtant un caractère politique est nécessaire.

Au regard des remarques évoquées ci-avant, la CdG-N estime qu'une plus grande importance doit être accordée à une thématique d'une telle dimension.

Le présent rapport expose l'avis de la CdG-N en suivant une structure identique à celle adoptée dans la prise de position du Conseil fédéral.

2.2 Considérations générales

Dans ses considérations générales, le Conseil fédéral a indiqué, sans apporter aucun élément étayant son appréciation, que le rôle des autorités d'exécution et les objectifs des mesures ont insuffisamment été pris en compte dans les analyses du CPA.

La CdG-N se doit de souligner et de rappeler que ces éléments figurent au cœur même de l'évaluation du CPA. Ainsi, elle reste convaincue des fondements de l'évaluation du CPA et ne voit pas la nécessité d'entrer en matière sur ce point.

Pression sur les salaires

Selon l'avis du Conseil fédéral, l'expertise réalisée par l'Institut de recherche du travail et du droit du travail de l'Université de Saint-Gall⁵ est une base insuffisante pour juger des effets de la libre circulation des personnes sur les salaires.

La CdG-N rappelle que cette étude présente pourtant des résultats différenciés mettant en évidence divers phénomènes dignes d'intérêt au sujet de la pression sur les salaires. L'étude relève en effet que cette pression s'est ressentie d'abord dans les régions frontalières, puis dans l'ensemble de la Suisse, qu'elle s'est exercée en premier sur les travailleurs nouvellement entrés sur le marché du travail et qu'elle est différente selon les branches.

Le Conseil fédéral a également remis en question le rapport d'expert de l'institut saint-gallois sous l'angle méthodologique, sans toutefois préciser la teneur de sa critique. On peut noter qu'il a mandaté l'Université de Genève pour faire une étude parallèle et basée sur des caractéristiques similaires. La CdG-N relève donc l'incohérence des propos du Conseil fédéral et précise que l'étude réalisée par l'Université de Saint-Gall a débuté par une analyse de toutes les études existantes sur le sujet afin d'en dépasser les limites.

Communication

Selon le Conseil fédéral, l'analyse du CPA concernant la communication par les autorités fédérales au sujet des effets des mesures d'accompagnement se baserait sur les rapports annuels des organes d'exécution, et non sur des données récoltées par le SECO. Le Conseil fédéral reproche donc à la CdG-N de s'être référée à cette analyse pour formuler ses critiques.

Contrairement aux affirmations du Conseil fédéral, le CPA a analysé principalement les données récoltées par le SECO sur la base desquelles le Conseil fédéral et le SECO fondent leur communication.

Dans ce contexte, il apparaît clairement que, dans leur communication sur les effets des mesures d'accompagnement, le Conseil fédéral et le SECO ne se réfèrent qu'à des résultats globaux et n'approfondissent ni la répartition ni la structure des données en leur possession. C'est une question centrale dont découlent ces différences d'appréciation entre le Conseil fédéral et la CdG-N.

⁵ Il s'agit de la seule étude à ce jour portant sur des données directes et non agrégées, ainsi que sur un nombre aussi important de données, soit sur plus de 1,4 millions de personnes occupées pour l'année 2004, environ 1,6 millions en 2006 et plus de 1,7 millions en 2008. Le nombre total d'observations effectuées dans cette étude s'élève à 4 335 667. Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport explicatif du CPA du 16.6.2011, pp. 141 à 145.

Recommandation 1 Pilotage stratégique et opérationnel

La CdG-N invite le Conseil fédéral à s'investir dans la mise en œuvre rapide d'une stratégie de pilotage claire et à s'assurer que celle-ci soit basée sur des indicateurs objectifs considérant l'ensemble du marché suisse du travail. Dans cette tâche, le Conseil fédéral devra tenir compte des enseignements tirés, respectivement de l'ensemble des constatations du CPA et des recommandations de la CdG-N. Une attention particulière sera notamment portée sur la problématique du personnel nouvellement engagé.

Le pilotage stratégique étant basé sur des données lacunaires, les priorités fixées par le Conseil fédéral et les autorités de mise en œuvre suscitent toujours de grandes interrogations. Cependant, dans son avis, le Conseil fédéral juge ne pas devoir modifier sa pratique.

Il convient de rappeler, à titre d'exemple, que la moitié des contrôles financés par la Confédération sont effectués auprès des travailleurs détachés qui représentent moins de 0,15 % du volume de l'emploi en Suisse, alors que les travailleurs frontaliers représentent à eux seuls 24 % des personnes occupées au Tessin et près de 10 % dans l'Arc jurassien et dans l'Arc lémanique⁶.

Pour le Conseil fédéral, cette cible étroite se justifie notamment par le fait que le détachement de travailleurs a principalement lieu dans les branches sensibles. Néanmoins, comme l'ont révélé l'évaluation du CPA et l'étude menée par l'Université de Saint-Gall, *«les effets de la libre circulation des personnes se manifestent par d'autres canaux [que les travailleurs détachés], dont notamment par les travailleurs frontaliers ou les résidents soumis à autorisation de séjour, mais également dans d'autres branches que celles dites sensibles.»*⁷

Ces aspects essentiels mentionnés tant par l'évaluation du CPA⁸ que par le rapport de la CdG-N semblent ne pas avoir été pris en considération dans la prise de position du Conseil fédéral.

Ce dernier a également indiqué dans son avis que *«le renforcement des contrôles auprès des employeurs suisses par les CP [commissions paritaires] tombe sous les activités d'exécution habituelles de la CCT [convention collective de travail] étendue. De ce fait, ces contrôles ne sont pas financés par la Confédération et n'entrent pas dans le domaine de surveillance des mesures d'accompagnement.»*⁹

⁶ « Statistique des frontaliers au 4^e trimestre 2011 – Un tiers de frontaliers en plus en cinq ans », communiqué de presse de l'OFS du 5.3.2012, p. 2

⁷ 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 21.10.2011 (FF 2012 1027 1031)

⁸ Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national du 16.6.2011 (FF 2012 1039 1063)

⁹ Evaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, rapport du 21.10.2011 de la Commission de gestion du Conseil national, avis du Conseil fédéral du 18.1.2012 (FF 2012 1075 1083)

Toutefois, la CdG-N est d'avis que l'ensemble du marché du travail est soumis à la surveillance. La commission tripartite a pour tâche d'observer l'ensemble du marché du travail et cela n'exclut pas les domaines des commissions paritaires. La CdG-N base son appréciation sur le fait que la commission tripartite fédérale et les commissions tripartites cantonales ont une mission d'observation générale du marché du travail au sens du code des obligations¹⁰.

Le SECO lui-même précise en 2008 ce qu'il entend par observation du marché du travail:

- *«La principale tâche de la commission tripartite réside dans l'observation du marché du travail, laquelle comprend l'ensemble du marché du travail ...»*¹¹;
- *les commissions tripartites «peuvent observer de manière tout à fait générale les effets des détachements de travailleurs sur l'économie du canton ou de la région. Il sera intéressant, en particulier dans les zones frontalières, de dresser un bilan périodique de l'ampleur des détachements et de leurs effets sur les entreprises implantées dans la localité, sur le niveau des salaires, etc. Dans le cadre de cette observation plus générale, les commissions tripartites peuvent couvrir également les branches qui comportent une CCT étendue. Il ne s'agit pas alors de tâches de contrôle au sens propre. Si nécessaire, elles peuvent coopérer avec les organes paritaires des branches concernées.»*¹²

2.4 Ad recommandation 2

Recommandation 2 Harmonisation des processus

La CdG-N invite le Conseil fédéral à soutenir, dialoguer et collaborer avec les différents acteurs chargés de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement, afin d'établir une ligne de conduite, une méthode et des critères en matière de sous-enchère abusive et répétée. La CdG-N est convaincue que cela doit permettre de réduire les écarts de mise en œuvre des mesures d'accompagnement ainsi que de répondre aux exigences fixées par le législateur.

La source du problème provient plutôt du niveau et de la qualité de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement que d'une exécution décentralisée de celles-ci. En effet, certains instruments ne sont pas appliqués, certaines commissions tripartites admettent ne disposer d'aucun critère, voire d'aucune méthode, visant à détecter la sous-enchère salariale et certaines commissions paritaires présentent un déficit de mise en œuvre dans le nombre de contrôles et surtout dans la transmission des infractions aux autorités cantonales.

¹⁰ Art 360b, al. 3, de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livres cinquième: Droits des obligations; RS 220)

¹¹ Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, SECO, octobre 2008, p. 72

¹² *Ibid.*, p. 73

Pour remédier à cette problématique et pour répondre aux exigences du législateur, la CdG-N avait donc recommandé au Conseil fédéral de mettre l'accent, lors de ses échanges avec les acteurs chargés de la mise en œuvre, sur l'établissement d'une ligne de conduite permettant de réduire les écarts de mise en œuvre.

La CdG-N rappelle que, comme elle l'a indiqué dans son rapport du 21 octobre 2011, une définition de la notion de sous-enchère salariale abusive et répétée n'a pas été souhaitée par le législateur. Néanmoins, la commission est d'avis que le Conseil fédéral aurait pu s'assurer que les cantons définissent cette notion de manière adéquate, tout en respectant l'autonomie voulue par le législateur.

Dans sa prise de position, le Conseil fédéral a indiqué que des informations et des aides à la décision ont été mises à la disposition des commissions tripartites cantonales dès l'introduction des mesures d'accompagnement. Au vu des remarques du paragraphe précédent et des résultats de l'évaluation du CPA, ces mesures semblent insuffisantes et/ou inconnues de certains acteurs chargés de la mise en œuvre. La CdG-N estime que le besoin d'agir à ce niveau subsiste.

2.5 **Ad recommandation 3**

Recommandation 3 Communication fondée sur des données fiables

La CdG-N invite le Conseil fédéral et le SECO à baser leurs communications et leurs conclusions sur des données pertinentes, complètes, fiables et objectives afin d'atteindre davantage de transparence.

Dans son avis, le Conseil fédéral déclare que les analyses du CPA se basent sur des données qui ne sont exploitées ni par lui ni par le SECO pour l'analyse de la sous-enchère salariale et des mesures d'accompagnement.

Au contraire, le CPA se base sur les mêmes sources d'informations qu'utilise le Conseil fédéral pour son pilotage et sa communication¹³. Pour son évaluation, le CPA avait en outre demandé que le SECO mette à sa disposition toutes les informations dont il dispose pour le pilotage des mesures d'accompagnement. C'est donc une analyse détaillée de la structure des données du SECO qui a permis au CPA de tirer des conclusions bien plus nuancées et objectives.

En ce sens, la prise de position du Conseil fédéral confirme les critiques de la CdG-N et du CPA concernant la qualité des données et de la communication. En effet, le Conseil fédéral et le SECO n'exploitent pas certaines données qui ont été utilisées par le CPA. Ceci montre bien où réside le problème fondamental, étant donné qu'il s'agit des propres données du SECO récoltées auprès des organes d'exécution (répartition par canton et par branche des contrôles, des infractions, de leur communication aux autorités cantonales, etc.). L'analyse complète de ces données a permis d'établir que d'une part, elles sont de qualité médiocre et que d'autre part, il devrait en résulter une communication beaucoup plus différenciée que celle pratiquée par le Conseil fédéral et le SECO.

¹³ Ch. 2.2 du présent rapport

Postulat 1 Examen d'une solution législative

La CdG-N invite le Conseil fédéral à examiner d'une part une solution législative pour combler les lacunes juridiques dans le domaine des contrats-types de travail et d'autre part, à apprécier la problématique des chaînes de sous-traitance.

Dans son postulat¹⁴, la CdG-N a notamment invité le Conseil fédéral à combler les lacunes juridiques en matière de contrats-types de travail car la législation en vigueur ne permet pas une sanction des employeurs suisses dans ce domaine. Dans son argumentaire au postulat, la commission avait non seulement relevé que les employeurs suisses devraient pouvoir être sanctionnés en cas de violation des contrats-types, mais également que tous les employeurs contrevenants devraient s'acquitter d'une rétrocession se montant à la différence salariale effective en faveur des employés lésés.

Bien que le Conseil fédéral ait proposé d'accepter le postulat, il n'a pas tenu compte de l'ensemble des requêtes de la CdG-N et s'est contenté de soumettre une révision de la législation permettant à l'autorité compétente d'infliger une amende de 5000 francs au plus à l'employeur fautif, qu'il soit étranger ou suisse.

En l'état, la CdG-N est d'avis que cette révision n'est pas suffisamment dissuasive pour les employeurs tentés d'enfreindre la loi, car le non-respect d'un contrat-type resterait moins onéreux que de se conformer au droit. Par ailleurs, la protection des employés ne saurait être garantie par une simple sanction qui n'aurait pas l'objectif de rétablir le préjudice subi.

Il y a lieu de préciser que l'adoption du postulat par le Conseil national le 3 mai 2012 implique que le Conseil fédéral devra examiner dans son rapport non seulement la question des sanctions des employeurs suisses en cas de violation des contrats-types de travail, mais également celle des rétrocessions salariales accordées au bénéfice du personnel lésé.

¹⁴ Po. 11.4055 CdG-N « Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Examen d'une solution législative pour combler les lacunes juridiques dans ce domaine », du 21.10.2011

3

Conclusions

La CdG-N estime que la prise de position du Conseil fédéral est insatisfaisante et ne tient pas assez compte des constats importants de la commission. Du point de vue de la CdG-N, le besoin d'agir persiste et elle prie donc le Conseil fédéral de prendre position de manière appropriée et approfondie d'ici au *6 août 2012*.

8 mai 2012

Au nom
de la Commission de gestion du Conseil national:

Le président, Ruedi Lustenberger
La secrétaire, Beatrice Meli Andres

La présidente de la sous-commission DFF/DFE,
Maria Roth-Bernasconi
Le secrétaire de la sous-commission DFF/DFE,
Vanya Karati

