

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

ÉCOLE DE DROIT

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

**« MESURES D'ACCOMPAGNEMENT : RÉGIME ACTUEL ET
CHANGEMENTS À VENIR À LA LUMIÈRE DES NÉGOCIATIONS
POUR UN ACCORD INSTITUTIONNEL ENTRE L'UNION
EUROPÉENNE ET LA SUISSE »**

MÉMOIRE DE MASTER

présenté

par

Céline Mark

sous la direction du

Professeur Francesco Maiani

Année académique 2018-2019

Lausanne, le 1^{er} juillet 2019

Table des matières

Table des abréviations	IV
Bibliographie	VI
Table de jurisprudence	XI
1 Introduction	1
2 Fondement des mesures d'accompagnement	1
2.1 Origine et but	1
2.2 Régime concernant les prestations de services prévu par l'ALCP	2
2.3 Restrictions compatibles avec l'ALCP	3
2.4 Directive 96/71/CE	4
2.4.1 Objectif	4
2.4.2 Contenu	4
2.4.2.1 Champ d'application	4
2.4.2.2 Article 3 de la Directive	5
3 Évolution des mesures et système actuel	7
3.1 Système actuel	8
3.1.1 Code des obligations	8
3.1.1.1 Article 360a et suivants CO	8
3.1.1.2 Article 330b CO	9
3.1.2 L'extension facilitée des conventions collectives de travail	9
3.1.3 La loi sur les travailleurs détachés et son ordonnance	10
3.1.3.1 Respect des conditions minimales de travail et contrôles	11
3.1.3.2 Devoir d'annonce préalable	12
3.1.3.3 Sanctions	12
3.1.3.4 Règles relatives aux indépendants fictifs	13
3.1.3.5 Règles relatives à la responsabilité du sous-traitant	14
4 Compatibilité du système suisse avec l'ALCP	15
4.1 Rôle de la jurisprudence de la CJUE dans l'analyse de compatibilité	15
4.2 Le devoir d'annonce	15
4.2.1 Jurisprudence de la CJUE à l'égard des devoirs d'annonce	15
4.2.1.1 Arrêt Commission/Luxembourg	16
4.2.1.2 Arrêt dos Santos Palhota	16
4.2.1.3 Arrêt De Clercq	17
4.2.2 Conclusion	17
4.3 Sanctions	18

4.3.1	Jurisprudence de la CJUE.....	18
4.3.1.1	Arrêt Wolff et Müller.....	18
4.3.1.2	Arrêt De Clercq.....	19
4.3.2	Conclusion.....	19
4.4	Mise à disposition de documents et contrôles.....	20
4.4.1	Jurisprudence de la CJUE.....	20
4.4.1.1	Arrêt Commission c. Allemagne.....	20
4.4.1.2	Arrêt Commission c. Luxembourg.....	21
4.4.1.3	Arrêt dos Santos Palhota.....	21
4.4.2	Conclusion.....	21
4.5	Caution et coûts mis à charge de l'employeur d'origine.....	22
4.6	Position du Conseil de l'Union européenne.....	23
5	L'élaboration d'un accord institutionnel et ses conséquences.....	24
5.1	Négociations.....	24
5.2	Reprise de l'acquis communautaire.....	25
5.2.1	Système général proposé par l'Accord.....	25
5.2.2	Système spécifique au détachement de travailleurs.....	26
5.2.2.1	Directive 2014/67/UE.....	26
5.2.2.2	Directive 2018/957/UE.....	29
5.2.3	Dispositions spécifiques à certaines mesures d'accompagnement.....	30
5.2.3.1	Le devoir d'annonce.....	31
5.2.3.2	La caution.....	31
5.2.3.3	Obligation de documentation pour indépendants.....	31
5.3	Règlement des différends.....	31
5.3.1	Système actuel selon l'ALCP.....	31
5.3.2	Système futur en cas d'entrée en vigueur de l'Accord-cadre.....	32
5.4	Conséquences globales sur les mesures d'accompagnement.....	33
6	Futur de l'accord.....	34
6.1	Procédure de consultation.....	34
6.2	Suite de la procédure.....	34
7	Conclusion.....	35

Table des abréviations

AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes entré en vigueur le 1 ^{er} juin 2002 (RS 0.142.112.681)
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
c.	contre
consid.	considérant
Cf.	confer
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CCT	Convention collective de travail
CE	Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale complétant le code civil du 30 mars 1911 (RS 220)
CTT	Contrat-type de travail
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
Dir.	Directive
Doc.	Document
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
et al.	et alii (et autres)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>Ibidem</i>	le même, renvoie à la note précédente
FF	Feuille fédérale suisse
FlaM	Flankierende Massnahmen (mesures d'accompagnement)
LDet	Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (RS 823.20)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (RS 823.11)

lit.	littera
no	numéro
ODet	Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse du 21 mai 2003 (RS 823.201)
OLCP	Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 (RS 142.203)
p.	page
pp.	pages
Prot.	Protocole
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PME	Petites et moyennes entreprises
PLR	Parti libéral radical suisse
PS	Parti socialiste suisse
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	suivant(e)s
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne (depuis 2009 : TFUE)
TFUE	Traité sur le fondement de l'Union européenne
TF	Tribunal fédéral
UDC	Union démocratique du centre suisse
UE	Union européenne
vol.	volume
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Bibliographie

Ouvrages

AMBÜHL Michael / SCHERER Daniela S., *Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens – Auf der Suche nach einem Interessenausgleich*, Jusletter 4 février 2019.

BLANPAIN Roger, *European Labour Law*, 14^e éd., Alphen aan den Rijn 2014.

BUENO Nicolas, *L'admission des prestataires de service étrangers en Suisse / Une approche nationale, bilatérale et multilatérale*, RDAF 2010 I, pp. 113ss.

COTTIER Thomas ET AL., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014.

DAVIES A.C.L, *EU Labour Law*, Cheltenham/Northampton 2012.

DEINERT Olaf, *Entsendung*, in : Schlachter Monika, Heinig Michael, *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, Enzyklopädie Europarecht [EnzEuR], 7 vol., Zürich/St- Gallen 2016, pp. 451ss.

EPINEY Astrid / HEHEMANN Lena, *Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung*, Jusletter 8 avril 2019 (cité: EPINEY / HEHEMANN).

EPINEY Astrid, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, ZBJV 141/2005, p. 1ss (cité: EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*).

EPINEY Astrid, *Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung*, in : Epiney Astrid, Metz Beate, Mosters Robert (édit.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-UE: Auslegung und Anwendung in der Praxis*, Forum Europarecht, 19 vol., Zürich 2011, pp. 81ss (cité: EPINEY, *Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens*).

EPINEY Astrid / ZBINDEN Patrizia, *Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG: Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG*, Cahiers fribourgeois de droit européen no 8/2009 (cité: EPINEY / ZBINDEN).

FRANZEN Martin / GALLNER Inken / OETKER Hartmut (édit.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2^e éd., München 2018 (cité: FRANZEN ET AL.).

GEISER Thomas / MÜLLER Roland / PÄRLI Kurt, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4^e éd., Berne 2019 (cité: GEISER ET AL.).

HEINE Alexia, *Die flankierenden Maßnahmen im Spannungsverhältnis zwischen Vollzug des Entsendegesetzes und der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht*, AJP 2006, pp. 471ss.

KADDOUS Christine / GRISEL Diane, *Libre circulation des personnes et des services*, Genève/ Zurich/Bâle 2012, pp. 224ss.

KAUFMANN Karin, *Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen*, thèse, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht no 71/2010.

KELLERBAUER Manuel, *Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?*, EuZW 2018, pp. 846ss.

MARITZ Daniel, *Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen*, in : Felder Daniel / Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, Bâle et al. 2001, pp. 331ss.

MÄVERS Gunther, *Reform der Arbeitnehmerentsenderichtlinie – ein erster Überblick*, ArbRAktuell 19/2018, pp. 463ss.

MORSA Marc, *Le travail détaché dans l'Union européenne : enjeux juridiques et économiques*, Informations sociales 2016/3 no 194, pp. 82ss.

MÜLLER Fabienne, *Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ?*, Droit social no 10/2014, pp. 788ss.

OESCH Matthias, *Switzerland and the European Union*, Zürich/St. Gallen 2018.

PÄRLI Kurt, *Entsendegesetz (EntsG)*, Bern 2018.

RICHARD Sébastien, *La révision de la directive sur le détachement des travailleurs*, Question d'Europe no 406, 10 octobre 2016.

RONCORONI Giacomo, *Les art. 359 à 360f CO*, in : Andermatt Arthur et al., *Droit collectif du travail*, Bâle 2010, pp. 313ss.

THÜSING Gregor, *European Labour Law*, Munich 2013.

TOBLER Christa, *Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten system des bilateralen Rechts*, Jusletter 30 septembre 2013.

VEUVE Daniel, *Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, in : Felder Daniel / Kaddous Christine (édit.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, Bâle 2001, pp. 289ss (cité : VEUVE, *Mesures d'accompagnement de l'ALCP*).

VEUVE Daniel, *Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'ALCP*, in : Kaddous Christine / Jametti Greiner Monique (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres accords récents*, Bâle et al. 2006, pp. 849ss (cité : VEUVE, *Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'ALCP*).

VÖGELI Andreas, *Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Persononfreizügigkeit*, in : Rüssli Markus / Hänni Julia / Häggi Furrer Reto, *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen : Festschrift für Tobia Jaag*, Zürich 2012, pp. 741ss.

WITZIG Aurélien, *Droit du travail*, Genève/Zurich 2018.

WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014 (cité : WYLER / HEINZER).

WYLER Rémy, *Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs – Les législations et les questions qu'elles posent*, in : Zufferey Jean-Baptiste / Hubert Stöckli (édit.), *Marchés Publics 2008*, 17 vol., Zurich 2008, pp. 247ss (cité : WYLER).

ZURKINDEN Philipp / LAUTERBURG Bernhard, *Institutionelles Abkommen – Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N : Auswirkungen auf die flankierenden Massnahmen*, Bern 2019.

Sites internet

CENTRE SUISSE DE GESTION DES CAUTIONS (zkvs.org), non daté, p. « <http://www.zkvs.org/start?lang=fr> » (consulté le 29.04.2019)

CONFÉDÉRATION SUISSE, *Accord institutionnel Suisse-UE : document explicatif*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 16.01.2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019)

CONSEIL FÉDÉRAL, *Relations avec l'UE : le Conseil fédéral tire un bilan et précise le mandat de négociation*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p.

« <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-69970.html> » (consulté le 17.04.2019).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Politique européenne – Le Conseil fédéral décide de lancer des consultations sur le texte de l'accord institutionnel*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-73292.html> » (consulté le 17.04.2019).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Politique européenne : modalités des consultations sur le projet d'accord institutionnel*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dea/fr/home/aktuell/mediennmitteilungen.html/content/dea/fr/met_a/news/2019/1/16/73677 » (consulté le 17.04.2019).

CONSEIL FÉDÉRAL, *Relations Suisse-UE : négocier les questions institutionnelles pour renforcer la voie bilatérale*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2013, p. « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-51490.html> » (consulté le 17.04.2019).

DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, *Libre circulation des personnes*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/fs/04-FS-Personenfreizuegigkeit_fr.pdf » (consulté le 27.07.2019).

DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, *Liste des accords Suisse – Union européenne en vigueur le 30 juin 2018*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/accords-liste_fr.pdf » (consulté le 26.07.2019)

DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, *Accord institutionnel Suisse – UE : l'essentiel en bref*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze_fr.pdf » (consulté le 17.04.2019).

HAFLIGER Markus / VALDA Andreas, *Es geht um mehr als um die 8-Tage-Regel*, in : Tages Anzeiger (tagesanzeiger.ch), Zurich 2018, p. « <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/es-geht-um-mehr-als-um-die-8tageregel/story/28950183> » (consulté le 17.04.2019).

SECRETARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE, *Rapport FlaM 2017 – mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52659.pdf> » (consulté le 17.04.2019).

TOBLER Christa / BEGLINGER Jacques, *Brevier zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU : Stand am 14. März 2019*, in : EU-Charts (eur-charts.eu), Bâle 2019, p. « http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2019/03/Tobler-Beglinger-Brevier-Institutionelles-Abkommen_2019-03.2.pdf » (consulté le 30.04.2019).

Procédure de consultation

COMMISSION DE POLITIQUE EXTÉRIEURE DU CONSEIL DES ÉTATS, *Consultation « ad hoc » par le Conseil fédéral sur le résultat des négociations concernant l'Accord institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne*, in : L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse (parlament.ch), Berne 2019, p. « <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/mm-apk-s-2019-04-05-schreiben-f.pdf> » (consulté le 30.04.2019).

COMMISSION DE POLITIQUE EXTÉRIEURE DU CONSEIL NATIONAL, *Séance des 26 mars 2019 - Avis de la CPE-N relatif au résultat des négociations concernant l'accord institutionnel entre la*

Suisse et l'Union européenne : grandes lignes, in : L'Assemblée fédérale – Le Parlement suisse (parlament.ch), Berne 2019, p. « <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/mm-apk-n-2019-03-06-presserohstoff-f.pdf> » (consulté le 30.04.2019).

ECONOMIESUISSE, *Accord institutionnel : un bon deal pour la Suisse*, in : Economiesuisse (economiesuisse.ch), Genève et al. 2019, p. « <https://www.economiesuisse.ch/fr/articles/accord-institutionnel-un-bon-deal-pour-la-suisse> » (consulté le 30.04.2019).

LES LIBÉRAUX-RADICAUX, *Un « Oui de raison » à l'accord-cadre – Réponse de consultation du PLR*, in : PLR Les Libéraux-Radicaux (plr.ch), Berne 2019, p. « https://www.plr.ch/fileadmin/documents/fdp.ch/pdf/DE/Positionen/Vernehmlassungen/2019/Maerz/20190320_InstA_Konsultation_final_f.pdf » (consulté le 17.04.2019).

LES VERTS, *Stellungnahme der GRÜNEN Schweiz, Ja zum Rahmenabkommen – mit mehr Steuerharmonisierung statt weniger Lohnschutz*, in : Grüne Les Verts (gruene.ch), Berne 2019, p. « https://gruene.ch/wp-content/uploads/2019/03/ver_190311_rahmenabkommen.pdf » (consulté le 17.04.2019).

ORGANISATION FAÏTIÈRE DES PME SUISSSES, *Institutionelles Abkommen Schweiz – EU (InstA)*, in : SGV-USAM (sgv-usam.ch), Berne 2019, p. « https://www.sgv-usam.ch/fileadmin/user_upload/deutsch/2019/varia/20190130_wp-sgv_rahmenabkommen-ch-eu_insta_de.pdf » (consulté le 17.04.2019).

PARTI DÉMOCRATE-CHRÉTIEN, *Position du groupe PDC sur l'accord institutionnel*, in : PDC (cvp.ch), Berne 2019, p. « <https://www.cvp.ch/fr/news/2019-01-18/position-du-groupe-pdc-sur-laccord-cadre-institutionnel> » (consulté le 17.04.2019).

PARTI SOCIALISTE, *Communiqué aux médias du 5 mars 2019 – OUI à l'Europe, OUI à la protection des salaires !*, in : Parti socialiste (sp-ps.ch), Berne 2019, p. « <https://www.sp-ps.ch/fr/publications/communiques-de-presse/oui-leurope-oui-la-protection-des-salaires> » (consulté le 17.04.2019).

TRAVAIL.SUISSE, *Accord institutionnel seulement avec la protection des salaires – réponse écrite de Travail.Suisse à la consultation*, in : Travail.Suisse (travailsuisse.ch), Berne 2019, p. « https://www.travailsuisse.ch/themes/travail/marche_du_travail » (consulté le 17.04.2019).

UNION DÉMOCRATIQUE DU CENTRE, *L'accord institutionnel avec l'Union européenne est inacceptable*, in : UDC (udc.ch), Berne 2019, p. « <https://www.udc.ch/parti/positions/consultations/laccord-institutionnel-avec-lue-est-inacceptable/> » (consulté le 17.04.2019).

UNION PATRONALE SUISSE, *Adapter la voie bilatérale aux nécessités de demain*, in : Union patronale suisse – Les Employeurs (arbeitgeber.ch), Zurich et al. 2019, p. « <https://www.arbeitgeber.ch/fr/marche-du-travail/adapter-la-voie-bilaterale-aux-necessites-de-demain/> » (consulté le 30.04.2019).

UNION SYNDICALE SUISSE USS, *Accord-cadre et mesures d'accompagnement – Position de l'USS*, in : Union syndicale suisse (uss.ch), Berne 2019, p. « https://www.uss.ch/fileadmin/user_upload/A_Bilder/Kampagnen/FlaM/190313_DL_USS-position_Accord_cadre_Mars19.pdf » (consulté le 17.04.2019).

Motion 19.3416, *Négociations complémentaires au sujet de l'accord institutionnel avec l'UE*, déposée par la Commission de l'économie et des redevances CE au Conseil des Etats, 09.04.2019.

Motion 19.3420, *Négociations complémentaires au sujet de l'accord institutionnel avec l'UE*, déposée par la Commission de l'économie et des redevances CN au Conseil national, 16.04.2019.

Feuille fédérale

Message du 1^{er} juillet 2015 concernant la modification de la loi sur les travailleurs détachés (FF 2015 p. 5359).

Message du 2 mars 2012 concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2012 p. 3161).

Message du 1^{er} octobre 2004 portant approbation du protocole à l'accord entre la Suisse et la CE sur la libre circulation des personnes (FF 2004 p. 5523).

Message du 1^{er} octobre 2004 concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2004 p. 6187).

Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440).

Documents officiels européens

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un accord institutionnel*, Doc. 9525/14, Bruxelles 6 mai 2014.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 17423/1/10 REV 1, Bruxelles 14 décembre 2010.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 16651/1/08 REV 1, Bruxelles 8 décembre 2008.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Réaction de la Commission européenne aux annonces du Conseil fédéral suisse*, STATEMENT 18/6738, Bruxelles 7 décembre 2018.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition pour une Directive du Parlement européen et du Conseil amendant la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs effectué dans le cadre de prestations de services*, COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), Strasbourg 8 mars 2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD), Bruxelles 21 mars 2012.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive du Conseil relative au détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, COM (91) 230 final SYN 346, Bruxelles 1^{er} août 1991

Table de jurisprudence

Jurisprudence européenne

CJUE, Arrêt De Clercq e.a C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408

CJUE, Arrêt Bundesdruckerei C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235

CJUE, Arrêt Hengartner et Gasser C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430

CJUE, Arrêt dos Santos Palhota e.a. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589

CJUE, Arrêt Commission/Autriche C-356/08, ECLI:EU:C:2009:401

CJUE, Arrêt Rüffert C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189

CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350

CJUE, Arrêt Commission/Allemagne C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430

CJUE, Arrêt Wolff & Müller C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610

CJUE, Arrêt Arblade C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575

Jurisprudence suisse

Arrêts du TF publiés

ATF 141 II 1 du 12 janvier 2015

ATF 140 II 447 du 11 août 2014

ATF 139 II 393 du 22 mars 2013

ATF 139 II 121 du 22 février 2013

ATF 133 V 624 du 22 octobre 2007

ATF 115 II 251 du 10 juillet 1989

Arrêt du TF non publié

Arrêt 2C_150/2016 du 22 mai 2017

1 Introduction

La Suisse, de par sa situation géographique, se situe au milieu du continent européen. Malgré cela, le peuple helvétique a toujours refusé de s'investir entièrement dans l'intégration européenne, notamment en rejetant l'idée d'une adhésion à l'Union ou celle à l'EEE. La crainte de perdre les conditions économiques idéales dont bénéficie le pays, ainsi que la peur de se lier définitivement à un certain nombre d'autres Etats et d'ainsi perdre son autonomie a certainement joué un rôle dans ce refus constant de la Suisse. Ces craintes, fondées ou non, couplées à la nécessité de trouver une solution pour que les échanges soient facilités, ont donc conduit à l'intégration suisse de manière sectorielle et prudente : des centaines d'accords spécifiques ont été conclus au fil des décennies dans une multitude de domaines, notamment celui de la libre circulation des personnes¹.

Les mesures dites « d'accompagnement » sont des règles de droit interne adoptées dans le but d'assurer la continuation de conditions de travail favorables malgré l'arrivée de prestataires de services européens, qui pourraient potentiellement, de par leur présence, entraîner des situations néfastes telles que de dumping salarial.

Pour l'Union européenne toutefois, certaines des mesures adoptées sont disproportionnées et devraient être révisées pour être conformes à l'Accord sur la libre circulation des personnes². Ces remarques sont toutefois dans la pratique ignorées par la Suisse. Dans le contexte des négociations et de la conclusion d'un accord-cadre, qui pourrait conduire, s'il était adopté, à un référendum populaire, les mesures d'accompagnement ont toute leur importance et constituent l'un des points essentiels sur lequel les négociations ont porté et sur lequel les milieux consultés basent leur analyse quant à savoir si l'Accord devrait être signé ou non. Tant les milieux économiques que les partenaires sociaux et les milieux politiques mettent au centre de leurs préoccupations la sauvegarde du système actuel et ne désirent pas s'avancer sur une possible approbation d'un Accord-cadre tant que ces questions ne seront pas clairement résolues.

Ce travail suivra donc le développement des mesures d'accompagnement, en commençant par analyser leur origine et leur fondement, basés sur l'ALCP et sur la Directive européenne 96/71/CE que la Suisse était supposée transposer dans son système, puis approfondira le système actuel en vigueur ainsi que différents aspects qui pourraient constituer une tension avec les droits consacrés par l'ALCP. Il analysera ensuite l'Accord institutionnel négocié par la Suisse avec l'Union européenne et se trouvant actuellement en consultation, ainsi que les conséquences qui découleraient de sa ratification par la Suisse.

2 Fondement des mesures d'accompagnement

2.1 Origine et but

¹ DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, *Liste des accords Suisse – Union européenne en vigueur le 30 juin 2018*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/accords-liste_fr.pdf » (consulté le 26.07.2019)

² CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 17423/1/10 REV 1, Bruxelles 14 décembre 2010.

Les mesures d'accompagnement sont étroitement liées à la conclusion de l'Accord sur la libre circulation des personnes par la Suisse avec l'Union européenne et ses Etats³. Peu avant la conclusion de celui-ci, des mesures avaient été proposées par le Conseil fédéral au Parlement afin de rassurer ce dernier sur les questions de dumping salarial qui auraient pu découler de la conclusion de l'accord, et ainsi augmenter ses chances d'acceptation par celui-ci et par le peuple⁴. Il était du reste prévu que ces mesures n'entrent en vigueur que dans le cas d'une ratification de l'ALCP par le peuple, ce qui indique la corrélation entre ces deux instruments⁵. La LDet⁶, qui constitue, comme nous l'analyserons, la pierre angulaire de ces mesures, évoque d'ailleurs à son article 15 qu'elle ne restera en vigueur qu'aussi longtemps que l'Accord lui-même liera la Suisse.

L'ALCP a donc été conclu en 1999 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 au côté des six autres accords qui composent le premier paquet d'accords bilatéraux, auxquels il est intrinsèquement lié. Suite aux différents élargissements dont l'Union européenne a fait l'objet, trois Protocoles l'ont successivement étendu aux divers nouveaux États membres de l'Union européenne⁷. L'ALCP vise ainsi à créer un système libéralisé de circulation des personnes entre les territoires des membres de l'UE et le territoire suisse⁸.

2.2 Régime concernant les prestations de services prévu par l'ALCP

L'Accord sur la libre circulation des personnes a libéralisé l'accès au marché suisse pour les travailleurs citoyens de l'Union européenne. L'art. 5 ALCP consacre toutefois une libéralisation des prestations de service de manière limitée temporellement, puisque celle-ci s'applique uniquement aux services de courte durée, soit « 90 jours de travail effectif par année civile » au maximum. Le chapitre IV de l'Annexe I à l'Accord détaille ce régime en précisant notamment à son article 21 que les 90 jours incluent toute prestation de service fournie sur sol helvétique, qu'elle soit ininterrompue ou consiste en plusieurs prestations successives.

L'ALCP prévoit une interdiction générale de discrimination à son article 2, qui s'applique toutefois de manière circonstanciée selon le degré de libéralisation que voulaient atteindre les parties dans les différentes situations envisagées par l'Accord. De plus, elle ne concerne que les discriminations se produisant dans les cas explicitement visés par les annexes à l'Accord⁹. Sa portée est donc à relativiser dans le cadre des prestations de services transnationales et la jurisprudence de la CJUE ne peut être transposée sans réflexion préalable.

En sus de l'art. 2, une interdiction plus spécifique de restreindre l'exercice de la libre prestation de services tombant dans le cadre de l'article 5 ALCP est prévue à l'article 17 Annexe I ALCP.

³ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 (ALCP), RS 0.142.112.681.

⁴ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440), p. 5695.

⁵ *Ibidem*, p. 5703.

⁶ Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDet), RS 823.20.

⁷ DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, *Libre circulation des personnes*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/fs/04-FS-Personenfreizuegigkeit_fr.pdf » (consulté le 27.07.2019).

⁸ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440), p. 5443.

⁹ CJUE, Arrêt Hengartner et Gasser C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430, consid. 39-42.

Selon l'article 17 lit. b ii), le champ d'application personnel de cette liberté englobe à la fois tout ressortissant européen désirant fournir des services en Suisse, ainsi que tout ressortissant, européen ou non, salarié dans une entreprise ou chez un prestataire de service intégré dans le marché européen. L'article 19 Annexe I ALCP prévoit de même que lors de la prestation de service autorisée, le prestataire doit pouvoir exercer son activité dans les « mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants », ce qui induit donc une interdiction de discrimination particulière de la part des autorités suisses vis-à-vis des prestataires européens. La libre circulation des services semble donc être libéralisée de manière plus complète que les autres puisqu'elle combine théoriquement une interdiction de discrimination à une interdiction de restrictions¹⁰. La portée de ces interdictions doit cependant être relativisée puisque le TF, suivant les affaires, ne transpose pas toujours l'interprétation large de la notion de restriction de la CJUE en se prévalant pour ce faire du fait que l'ALCP n'a pas été conclu dans le même but que le marché intérieur européen¹¹.

L'ALCP n'englobe toutefois pas les services en lien avec l'exercice de l'autorité publique, qui sont expressément exclus par l'article 22 Annexe I ALCP et ne bénéficient donc pas de l'interdiction de discrimination et de restriction. De plus, dans certains secteurs tels que celui des services financiers et celui de la location de services, l'article 22§3 Annexe I ALCP autorise les Etats à prévoir des règles nationales plus contraignantes auxquelles les entreprises doivent obéir si elles veulent pouvoir accéder au marché suisse.

L'entrée en vigueur de l'Accord en juin 2002 marque donc la fin de certaines dispositions de droit suisse, vis-à-vis des travailleurs européens, notamment celles qui prévoyaient une priorité pour les travailleurs indigènes, des systèmes de quotas ainsi que différents contrôles quant aux conditions salariales des travailleurs étrangers venant travailler en Suisse¹².

2.3 Restrictions compatibles avec l'ALCP

Des mesures telles que les mesures d'accompagnement adoptées par la Suisse, et présentées ci-après, constituent une restriction à la libre-circulation des services puisque, en contraignant les entreprises à respecter des règles spécifiques, elles gênent et rendent moins attrayant l'exercice de leur libre prestation des services¹³. En effet, les entreprises européennes doivent obéir à un certain nombre de dispositions si elles veulent pouvoir venir exercer leur activité en Suisse, ce sous peine de se voir infliger des sanctions. De telles règles pourraient être justifiées selon l'exception générale de l'ordre public que l'on trouve à l'article 5 Annexe I ALCP, interprétée restrictivement par le TF¹⁴, ou l'exception à la libre-circulation des services de 22§4 Annexe I ALCP qui autorise les restrictions lors de « raisons impérieuses liées à un intérêt général ».

Une disposition plus spécifique autorisant l'adoption de mesures nationales d'accompagnement existe toutefois à l'art. 22§2 Annexe I ALCP. Sa teneur est la suivante : « Les dispositions des art. 17 et 19 de la présente annexe, ainsi que les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une

¹⁰ COTTIER ET AL., p. 331.

¹¹ Reprise de la jurisprudence *Polydor*, notamment dans l'ATF 133 V 624, c. 4.3.7.

¹² VEUVE, *Mesures d'accompagnement de l'ALCP*, p. 292.

¹³ Une définition de la notion de restriction selon la jurisprudence européenne peut notamment être trouvée dans CJUE, Arrêt Commission/Autriche C-356/08, ECLI:EU:C:2009:401, consid. 38-39.

¹⁴ Cf. notamment ATF 139 II 121 consid. 5.3 selon lequel la notion d'ordre public suppose une « menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société ».

prestation de services. Conformément à l'art. 16 du présent accord, il est fait référence à la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 (...) relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services »¹⁵.

L'article 16§1 ALCP prévoit que les Parties prennent « toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalent à ceux contenus dans les actes de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations ». La Suisse s'engage donc à introduire la Directive 96/71/CE¹⁶ dans son système.

2.4 Directive 96/71/CE

2.4.1 Objectif

Malgré la création d'un marché intérieur européen et l'établissement de règles européennes éliminant les barrières entre les différents marchés nationaux, le droit européen n'harmonise pas les différences entre les Etats membres concernant les conditions de travail appliquées dans chacun d'eux. Lors de détachements de travailleurs, ceux-ci peuvent donc être amenés à exercer dans un pays qui prévoit des conditions plus favorables aux travailleurs, tout en continuant malgré cela à être soumis à celles du pays duquel ils viennent. Selon la Commission, « une telle situation fausserait sans aucun doute le jeu de la concurrence entre les entreprises, compromettrait le principe de l'égalité de traitement entre entreprises nationales et étrangères et serait tout à fait inacceptable du point de vue social »¹⁷. La Directive 96/71/CE, adoptée en 1996, vise donc à coordonner la législation des Etats membres afin « d'augmenter la sécurité juridique, de prévoir les conditions de travail applicables et d'éliminer des pratiques susceptibles non seulement de mettre en péril la concurrence loyale entre entreprises mais encore d'être préjudiciables aux travailleurs concernés »¹⁸. Elle énumère un certain nombre de domaines pour lesquels le droit de l'Etat où le détachement a lieu doit s'appliquer¹⁹. Le but de la directive n'est ainsi pas de créer un système de règles impératives permettant de protéger les travailleurs lors de détachements, mais de laisser les Etats appliquer leur droit interne à cette catégorie de travailleurs, tout en leur indiquant le cadre dans lequel le faire²⁰. Ces diverses mesures, aussi longtemps qu'elle respectent le cadre instauré par la Directive, pourront alors être considérées comme conformes à la libre circulation²¹ telle que garantie dans le TFUE²².

2.4.2 Contenu

2.4.2.1 Champ d'application

¹⁵ Cf. art. 22 § 2 Annexe I ALCP.

¹⁶ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1.

¹⁷ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de directive du Conseil relative au détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, COM(91) 230 final SYN 346, Bruxelles 1^{er} août 1991.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ THÜSING, p. 161.

²⁰ MORSA, p. 86.

²¹ DAVIES, p. 95.

²² Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO n° C 326 du 26 octobre 2012, p. 47.

La directive est en soi assez courte puisqu'elle se compose d'une petite dizaine d'articles uniquement. Elle commence par rappeler dans son préambule l'importance de la libre circulation des services au sein de la communauté européenne et considère que la mise en place de mesures garantissant les droits des travailleurs est nécessaire à l'achèvement même de cette libre circulation.

Les deux premiers articles de la Directive 96/71/CE s'occupent de définir son champ d'application et la définition d'un travailleur détaché. Selon ceux-ci, la directive s'étend ainsi à tout détachement de travailleur par une entreprise établie dans un Etat membre de l'Union dans un autre Etat membre. La notion de détachement à proprement parler inclut les détachements pour le compte et sous la direction de l'entreprise d'envoi, les détachements intragroupes ainsi que les détachements par des entreprises de travail intérimaire dans une entreprise utilisatrice sise dans un autre EM²³. *A contrario*, selon la CJUE, une entreprise n'a pas besoin de respecter les règles et conditions de travail de l'Etat auquel elle offre ses services si elle ne détache pas véritablement des travailleurs dans le pays en question. En effet, si ces derniers restent dans leur pays, la directive n'est pas applicable²⁴. Quant au travailleur détaché, il est défini à l'article 2§1 comme un travailleur exerçant une activité de manière temporaire sur un autre territoire que celui où il travaille habituellement. La notion de travailleur au sens strict du terme est laissée à la libre appréciation des États membres²⁵.

2.4.2.2 Article 3 de la Directive

L'article primordial et central de la Directive est son article 3, qui comporte dix paragraphes. Il prévoit deux régimes différents : un régime principal au paragraphe 1 et un régime dérogatoire au paragraphe 10.

2.4.2.2.1 Régime de l'article 3§1

Le premier régime de l'article 3§1 prévoit, dans les domaines qu'il énumère exhaustivement, que tout EM veille à ce que les entreprises détachant des travailleurs sur leur territoire garantissent les conditions de travail prévues, soit par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, soit par des conventions collectives de travail d'application générale. La notion de CCT d'application générale est développée à l'article 3§8 : ce sont les CCT qui s'appliquent à toute entreprise d'un secteur professionnel sur un certain territoire, et qui ne sont donc pas limitées aux entreprises les ayant signées. Si un EM ne connaît pas de tel mécanisme, une CCT peut tout de même valoir comme ayant les mêmes effets qu'une CCT d'application générale si elle produit un effet général sur toute entreprise similaire ou si elle a été conclue avec des partenaires les plus représentatifs au niveau national et qu'elle est applicable sur tout le territoire.

La Directive prévoit néanmoins que l'article 3§1 englobe uniquement les conditions de travail prévues par des CCT d'application générale qui visent un certain nombre d'activités citées en annexe. Ces activités englobent uniquement les métiers et travaux liés à la construction, que ce soit le montage, la démolition, la rénovation, ou encore l'entretien d'ouvrages et de constructions. Pour toute autre domaine d'activité, il faut que ce soit la loi qui prévoit les conditions à respecter dans les matières énumérées pour que celles-ci puissent appartenir au

²³ Cf. art. 1§3 Dir. 96/71/CE.

²⁴ CJUE, Arrêt Bundesdruckerei C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, consid. 24-27.

²⁵ Cf. art. 2§2 Dir. 96/71/CE.

régime posé par l'article 3§1. Dans le cas de CCT d'application générale qui visent des métiers non-reliés à la construction, le régime applicable sera alors celui de l'article 3§10.

Les domaines à régler dans un instrument législatif ou collectif sont énumérés exhaustivement aux lettres a) à g) du paragraphe 1. Ce sont les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés annuels payés, le taux de salaire minimal – qui est lui-même défini indépendamment par la loi ou la pratique de chaque État membre – les conditions auxquelles les entreprises de travail intérimaire peuvent mettre à disposition des travailleurs, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, les mesures de protection relatives aux travailleuses enceintes, aux enfants et jeunes ainsi qu'à l'égalité de traitement hommes-femmes. La matière la plus controversée est celle citée à la lettre c), qui concerne le respect du taux de salaire minimal prévu par les Etats. Le paragraphe 7 affine cette notion en précisant que les allocations propres au détachement sont englobées dans la notion de salaire minimal, mais pas les remboursements de frais de voyage, logement ou nourriture. Toutefois, pour toutes les autres composantes de la rémunération, il est difficile de savoir ce qui est considéré comme faisant partie du taux et ce qui n'en fait pas²⁶. De plus, plusieurs possibilités sont données aux Etats membres aux paragraphes 2 et suivants de l'art. 3 afin de limiter l'obligation de respect du taux de salaire minimal dans certaines situations, telle que lorsque les travaux sont courts et de faible ampleur.

2.4.2.2.2 Régime de l'article 3§10

Le deuxième régime prévu par l'article 3 se situe à son paragraphe 10 et reprend en réalité les conditions imposées par le TFUE.

Le paragraphe 10 prévoit en effet que la Directive n'empêche pas les EM d'imposer de manière égale pour ses entreprises nationales et celles d'autres Etats membres des conditions touchant d'autres matières que celles prévues par la liste du paragraphe 1 du moment qu'elles concernent l'ordre public. De plus, il permet aussi aux Etats membres de prévoir des conditions de travail à respecter dans des CCT d'application générale pour des activités ne faisant pas partie de celles listées en annexe et donc pas du secteur de la construction. Ce régime déroge à celui initialement prévu par l'article 3§1 et la notion de dispositions d'ordre public est donc interprétée strictement par la CJUE, qui a d'ailleurs eu l'occasion de s'exprimer sur le sujet et considère par exemple que l'obligation de requérir un contrat de travail écrit ne peut être justifiée par un intérêt d'ordre public²⁷. Toujours dans l'arrêt Commission/Luxembourg, la CJUE précise que la notion d'ordre public ne peut être interprétée librement par chaque Etat membre et doit ainsi rester strictement interprétée puisqu'elle constitue une restriction à la libre-circulation des services. De plus, elle rappelle que la possibilité offerte par 3§10 d'utiliser une disposition d'ordre public pour rajouter des conditions à respecter constitue en soi une exception au régime prévu par l'article 3§1 de la Directive²⁸.

Si une mesure nationale prise par un Etat ne tombe ni sous le régime de l'article 3§1 ni sous celui de 3§10, l'Etat membre doit alors se référer directement aux dispositions générales consacrant la libre-circulation des services. Les mesures prises dans le domaine du détachement

²⁶ LHERNOULD, p. 461.

²⁷ BLANPAIN, p. 516, qui se réfère à CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, consid. 41, 44.

²⁸ *Ibidem*, consid. 30, 49.

des travailleurs sont généralement de nature à restreindre la libre-circulation et doivent donc être dans ce cas justifiées à la lumière du traité qui la consacre²⁹.

2.4.2.2.3 *Cas Rüffert*

Dans le cas Rüffert, la CJUE a affiné la portée de la Directive, en précisant que celle-ci ne constitue pas seulement une protection minimale à accorder aux travailleurs détachés mais aussi un seuil de protection maximal que les États ne peuvent pas dépasser sans violer la libre-circulation des services³⁰. En effet, la province allemande du Niedersachsen prévoyait une règle applicable aux marchés publics uniquement selon laquelle tout soumissionnaire devait s'engager à respecter les conventions collectives de travail applicables aux prestations qui allaient être fournies. Les sanctions en cas de non-respect desdites conventions collectives étaient des pénalités à payer voire une résiliation du contrat en cas de manquement grossièrement fautif ou répété. L'entreprise en question dans le cas Rüffert avait vu son contrat résilié car elle n'avait pas respecté la convention collective de travail applicable pour les employés de chantiers. Toutefois, pour la CJUE, la règle prévoyant le respect impératif des CCT constitue une restriction non-justifiée à l'article 49 du Traité CE³¹, et ne peut donc pas être appliquée. En effet, dans le cas d'espèces, la CCT allait plus loin que le salaire minimal prévu dans une loi au niveau national en Allemagne et n'avait pas été déclarée de force générale. De plus, elle ne s'appliquait pour les professions visées que dans des cas de marchés publics et non dans le secteur privé, ce qui la rendait applicable uniquement dans une partie du secteur de la construction et ne lui donnait donc aucun « effet général » tel que requis par l'article 3§10 de la directive. La Cour précise à cet effet que la directive prévoit une garantie des règles impératives de protection minimale et ne permet pas d'aller au-delà de celles-ci. Seul le minimum doit donc être garanti aux travailleurs détachés et une plus grande protection doit être considérée comme une restriction à la libre circulation des services, à justifier conformément au Traité CE. Dans ce cas, la Cour considère que la restriction – le taux de salaire prévu pour les travailleurs excédant le salaire minimal garanti légalement – n'était pas justifiable et manquait au principe de nécessité, puisqu'elle ne s'appliquait qu'au secteur du marché public³².

3 **Évolution des mesures et système actuel**

Les premières mesures d'accompagnement suisses ont, comme observé, vu le jour afin d'assurer la continuité d'un marché de travail stable et d'éviter une concurrence déloyale (pouvant prendre la forme d'une sous-enchère salariale ou de conditions de travail inéquitables) par des entreprises européennes, qui gagnent avec l'ALCP un accès facilité au marché suisse pour leurs travailleurs. L'ALCP laisse donc une porte ouverte à l'adoption de mesures nationales visant à protéger le marché du travail, mais exige dans ce cas que celles-ci soient prises conformément et dans le cadre de la Directive européenne 96/71/CE. Les différentes règles qui ont vu le jour en même temps que l'entrée en vigueur de l'ALCP reposent donc initialement sur du droit européen. Le système ne s'est toutefois pas arrêté là puisque les mesures d'accompagnement ont évolué par la suite avec les extensions successives de l'ALCP aux nouveaux États membres de l'Union européenne³³. On retrouve ainsi quatre grands paquets

²⁹ TOBLER, §24.

³⁰ PÄRLI, p. 16.

³¹ Traité instituant la Communauté européenne, JO n° C 325 du 24 décembre 2002, p. 33.

³² CJUE, Arrêt Rüffert C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

³³ COTTIER ET AL., p. 340.

de mesures d'accompagnement dont le but est de protéger au mieux la sauvegarde de conditions salariales optimales dans le marché du travail suisse.

Le paquet initial, introduit conjointement à la ratification de l'ALCP, introduit une loi sur les travailleurs détachés (LDet) et son ordonnance (ODet³⁴), facilite l'extension des CCT en révisant la LECCT³⁵ et introduit les articles 360a ss CO qui permettent de prévoir des CTT comportant des salaires minimaux à respecter³⁶. Le deuxième paquet est adopté en 2006 suite à l'extension de l'ALCP aux 10 nouveaux Etats membres de l'UE ; il insère notamment un article 330b dans le CO³⁷ sur lequel nous nous pencherons au chapitre 3.1.1.2, et réforme la LDet sous plusieurs angles³⁸. Un article obligeant les cantons à engager des inspecteurs est ajouté ; les sanctions sont durcies ; et les premières mesures contre les indépendants fictifs sont adoptées. L'ODet est aussi modifiée et autorise notamment les organes paritaires à percevoir des contributions financière de la part des employeurs³⁹. Le troisième paquet, entré en vigueur en janvier et en juillet 2013, renforce les règles permettant de lutter contre les indépendants fictifs ; il durcit les sanctions ainsi que les règles sur la responsabilité du sous-traitant et précise la procédure d'annonce en ajoutant l'obligation de déclarer le salaire des travailleurs détachés. Finalement, en 2017, des mesures complémentaires traitant de la responsabilité solidaire entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal, ainsi qu'une augmentation du montant des sanctions, sont insérées dans la LDet et constituent le quatrième paquet de mesures⁴⁰.

3.1 Système actuel

3.1.1 Code des obligations

3.1.1.1 Article 360a et suivants CO

Dans les branches où il n'existe aucune CCT, un contrat-type peut subsidiairement être édicté par le canton compétent, ou, si le CTT doit toucher plusieurs cantons, par la Confédération⁴¹. En temps normal, un contrat-type de travail ne contient que des règles dispositives auxquelles il est possible de déroger implicitement dans chaque contrat individuel de travail, y compris en défaveur du travailleur et sur des points comme le salaire minimal qui devrait lui être versé⁴². Le premier paquet de mesures d'accompagnement inclut donc des articles 360a ss CO, qui font exception à ce principe et qui prévoient la possibilité d'édicter un CTT fixant des salaires-minimaux obligatoires à respecter dans chaque cas individuel lorsque le secteur fait face à une sous-enchère abusive et répétée⁴³. Selon l'article 360d, les employeurs ne pourront alors plus

³⁴ Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse du 21 mai 2003 (ODet), RS 823.201.

³⁵ Ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 (OLCP), RS 142.203.

³⁶ PÄRLI, p. 6.

³⁷ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT), RS 221.215.311.

³⁸ VEUVE, *Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'ALCP*, p. 855ss.

³⁹ HEINE, p. 476.

⁴⁰ PÄRLI, p. 7.

⁴¹ RONCORONI, p. 318.

⁴² GEISER ET AL., p. 361.

⁴³ KAUFMANN, p. 50.

déroger aux règles sur le salaire minimal prévues par le CTT, si ce n'est en faveur du travailleur. L'article 360b CO demande de plus qu'une commission tripartite, composée de manière égale de représentants des employeurs, représentants des travailleurs et membres de l'administration, soit instaurée dans chaque canton et au niveau fédéral. Cette commission est compétente pour analyser le marché et, dans le cas où elle constate des abus, trouver une solution à l'amiable avec les employeurs voire, dans le cas contraire, proposer à l'autorité compétente en l'espèce d'édicter un CTT⁴⁴.

3.1.1.2 Article 330b CO

L'article 330b CO a été introduit avec les mesures d'accompagnement II et il est entré en vigueur en 2006, dans le but de simplifier les contrôles des autorités chargées de vérifier les conditions d'emploi des travailleurs détachés et de permettre au travailleur de conserver une trace écrite des modalités auxquelles il est engagé⁴⁵. Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée ou d'une durée de plus d'un mois, l'article prévoit que l'employeur doit, dans les quatre semaines suivant le début des relations de travail, communiquer les éléments essentiels du contrat de travail conclu. La communication doit se faire par écrit et comprendre le nom des parties, la date de début du travail, la fonction pour laquelle le travailleur a été engagé ainsi que son salaire. L'article 330b CO se calque sur la Directive 91/533 de l'Union européenne⁴⁶ sans toutefois aller aussi loin qu'elle⁴⁷. En effet, contrairement à la directive européenne, il ne prévoit par exemple ni l'obligation d'informer le travailleur sur le lieu de son travail ni sur la durée prévisible des rapports de travail ou des délais de résiliation du contrat⁴⁸.

3.1.2 L'extension facilitée des conventions collectives de travail

Une convention collective de travail, soit un ensemble de clauses négociées entre un certain nombre d'employeurs ou d'associations d'employeurs et un certain nombre de travailleurs ou d'associations de travailleurs, mettent en place des règles matérielles que les contrats individuels devront suivre⁴⁹. Les règles précises relatives à la conclusion de telles conventions figurent aux articles 356ss CO, qui prévoient notamment que les clauses normatives d'une CCT n'ont d'effet que pour les employeurs et travailleurs liés par la convention⁵⁰. Ses clauses ont alors un effet direct et impératif sur les rapports de travail de ceux-ci⁵¹. Dans certains cas, une convention de travail peut toutefois être étendue à une plus grande portion de territoire que celle initialement prévue et ainsi acquérir force obligatoire⁵². Elle s'applique alors à toutes les entreprises en rapport de concurrence – offrant des biens et services de même nature – y compris si elles ne font pas partie des associations liées par la convention⁵³. Les conditions à une telle

⁴⁴ RONCORONI, p. 353.

⁴⁵ WYLER / HEINZER, p. 57.

⁴⁶ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, JO n° L 288 du 18 octobre 1991, p. 32.

⁴⁷ PÄRLI, p. 7.

⁴⁸ Cf. art. 2 Dir. 91/533 pour les éléments exacts qui doivent être communiqués aux travailleurs européens dans les deux mois qui suivent leur engagement.

⁴⁹ WITZIG, p. 641.

⁵⁰ Cf. art. 356 CO.

⁵¹ ATF 115 II 251, consid. 4a.

⁵² KAUFMANN, p. 31.

⁵³ FAVRE, p. 459.

extension de conventions collectives de travail se trouvent dans la LECCT. Le déclenchement d'une procédure d'extension des CCT provient donc des parties à la convention elles-mêmes, qui doivent faire une demande à l'Etat afin que celui-ci – le Conseil fédéral ou le gouvernement cantonal selon la portée territoriale de l'extension requise⁵⁴ – rende une décision d'extension.

Une demande d'extension n'est en principe admissible que si elle remplit les conditions de l'art. 2 LECCT, soit qu'elle est nécessaire et n'est pas contraire à l'intérêt général, que la convention elle-même ne viole ni la loi, ni l'égalité, ni la liberté d'association et qu'elle permet aux associations concernées d'y adhérer. De plus, pour qu'une extension soit possible, une triple majorité doit être remplie selon l'art. 2 lit. 3 LECCT : la convention doit déjà lier la majorité des employeurs et la majorité des travailleurs vis-à-vis desquels elle s'appliquera, et les employeurs liés doivent occuper la majorité de tous les travailleurs de la branche. Des exceptions concernant la majorité des travailleurs liés sont possibles dans certains cas.

Toutefois, les mesures d'accompagnement ont adouci cette exigence de triple majorité dans les cas de sous-enchère. Selon l'article 1a LECCT, la commission tripartite instaurée par l'article 360b CO peut déposer une demande d'extension en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée dans la branche ou la profession. Dans ce cas, selon l'art. 2 ch. 3bis LECCT, il est seulement nécessaire que les employeurs emploient la majorité, donc le 50% au moins, de tous les travailleurs pour que l'extension soit possible, sans qu'une majorité des employeurs ne soit nécessaire⁵⁵.

3.1.3 La loi sur les travailleurs détachés et son ordonnance

La loi sur les travailleurs détachés, ou plus précisément la loi sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, a été adoptée en 1999 et est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2004. Le but principal de la loi est de garantir le respect des conditions salariales et de travail applicables en Suisse lorsqu'un envoi de travailleurs détachés se produit et ainsi lutter contre le risque de sous-enchère salariale qui pourrait découler des différences de pratique et réglementations entre les pays de l'UE et la Suisse⁵⁶. Comme mentionné *supra*, la LDet est étroitement liée à l'ALCP. Son article 15 prévoit notamment qu'elle ne s'appliquera qu'aussi longtemps que l'ALCP sera en vigueur. Conformément à ce que demande l'art. 22§2 Annexe I ALCP, elle se base de même sur la Directive européenne 96/71/CE, qui, nous l'avons vu, demande aux Etats de prévoir des règles sur les conditions minimales salariales et de travail qui s'appliqueront aux travailleurs détachés⁵⁷.

Malgré cela, la LDet s'applique à toute situation d'envoi de travailleurs détachés et non seulement au cas des travailleurs européens. Pour les travailleurs en provenance de pays tiers, des conditions supplémentaires seront toutefois applicables conformément à la loi sur les étrangers⁵⁸, sur laquelle nous n'entrerons pas plus en profondeur⁵⁹. La notion de détachement de la LDet englobe d'ailleurs deux situations principales, que l'article 1 de la loi présente : celle

⁵⁴ Cf. art. 7 LECTT.

⁵⁵ WYLER / HEINZER, p. 839.

⁵⁶ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440), p. 5697

⁵⁷ VEUVE, *Mesures d'accompagnement de l'ALCP*, p. 298.

⁵⁸ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS. 142.20.

⁵⁹ PÄRLI, pp. 5 et 30, et notamment les arts. 20ss LEI.

où un travailleur est envoyé en Suisse afin de rendre un service au nom et pour le compte de son employeur d'origine, ainsi que celle où un travailleur fait l'objet d'un détachement intragroupe. Dans ce dernier cas, il se retrouve donc détaché dans une autre entreprise ou filiale que celle qui l'emploie normalement, mais qui reste dans le même groupe. La location de services n'entre pas dans le champ d'application de la LDet⁶⁰.

L'ordonnance qui accompagne la LDet est quant à elle entrée en vigueur en juin 2003 et précise plusieurs notions employées par la loi ainsi que certaines modalités découlant de règles prévues par la LDet.

3.1.3.1 Respect des conditions minimales de travail et contrôles

L'article 2 de la LDet consiste en une liste de conditions minimales exhaustives à respecter si celles-ci sont prescrites par des lois, ordonnances, CCT de force obligatoire ou CTT⁶¹, et reprend les points-clés de la liste de l'article 3§1 de la Directive 96/71/CE. Cette liste contient notamment l'obligation de respecter la rémunération minimale prévue par lesdits instruments, mais elle vaut aussi pour divers autres éléments comme la durée du travail et repos, la durée des vacances, la sécurité et santé au travail, la protection des femmes et enfants ainsi que la non-discrimination à cause du sexe. L'art. 2 al. 4 LDet précise d'ailleurs que ces conditions doivent être respectées par l'employeur tout au long du détachement. Tout comme la Directive 96/71/CE, la loi précise à l'article 2 al. 3 que les allocations propres au détachement font partie de la notion de salaire mais qu'elles n'englobent pas le remboursement des dépenses telles que celles du voyage, logement ou nourriture, ce pour éviter que les coûts intrinsèques au détachement doivent être supportés par le travailleur⁶². De même, la loi utilise la possibilité laissée par l'article 3§2 et 3§5 de Directive européenne en prescrivant à son article 4 que les conditions minimales concernant le salaire et les vacances ne s'appliquent pas lorsque les travaux sont de faible ampleur – soit, selon l'ODet, durent 15 jours maximum par an – ou que le service consiste en un montage initial de biens faisant partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens durant moins de huit jours. Ces exceptions ne valent toutefois que pour les métiers qui ne font pas partie du secteur de la construction, de l'hôtellerie ou de la restauration. L'art. 5 de l'ODet définit d'ailleurs les métiers de la construction de la même manière que la Directive 96/71/CE, puisqu'il reprend la liste d'activités exacte qui figure à l'Annexe de celle-ci.

L'article 2 al. 2ter LDet prévoit de plus que les conventions collectives étendues qui prévoient le dépôt d'une garantie financière obligatoire pour tout employeur s'appliquent aussi aux employeurs qui désirent détacher des travailleurs en Suisse, ce qui permet de s'assurer qu'un certain montant soit disponible afin d'indemniser les travailleurs en cas de violation des conditions de travail, ce sans discriminer les employeurs étrangers puisque les employeurs helvétiques sont soumis eux aussi à ce devoir⁶³.

Le respect des conditions énumérées à l'article 2 LDet peut faire l'objet de contrôles de la part des autorités suisses. L'article 7 LDet règle les modalités de ces contrôles et à quelle autorité il incombe de les effectuer ; celle-ci va être différente selon si les conditions sont fixées dans une CCT étendue, un CTT ou encore une loi ou une ordonnance fédérale⁶⁴. L'article prévoit de plus

⁶⁰ WYLER / HEINZER, p. 915.

⁶¹ WYLER, p. 260.

⁶² BUENO, p. 17.

⁶³ PÄRLI, p. 87.

⁶⁴ Cf. art. 7 al. 1 lit. a – d LDet.

à ses al. 2 à 4 que les employeurs contrôlés doivent être en mesure de fournir à l'autorité chargée du contrôle tout document nécessaire à la preuve du respect des conditions d'emploi, voire même l'accès à ses locaux et les endroits où les employés travaillent. Les cantons ont d'ailleurs l'obligation de disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs depuis les mesures d'accompagnement II de 2004, à qui il incombe notamment de contrôler les différents marchés et traiter les annonces de détachement⁶⁵.

3.1.3.2 Devoir d'annonce préalable

Les autorités suisses ont prévu un devoir d'annonce dès la première version de la LDet via les mesures d'accompagnement I. Il a ensuite été étoffé par le deuxième paquet de mesures de 2006, qui a précisé les indications à fournir par l'employeur et a délégué la compétence d'en régler les modalités au Conseil fédéral⁶⁶. L'article 6 LDet, qui prévoit l'annonce, est donc depuis lors précisé par les articles 6ss de l'ODet. Ce devoir permet aux autorités suisse d'avoir connaissance à la fois de la présence de travailleurs détachés ainsi que celle de prestataires de service indépendant européens⁶⁷ sur le territoire helvétique et donc de pouvoir contrôler efficacement le respect des conditions minimales de travail⁶⁸.

Trois éléments au moins doivent être communiqués à l'autorité que les cantons ont désigné comme compétente selon l'art. 6 LDet : l'identité et le salaire des personnes détachées, leur activité ainsi que le lieu de l'exécution de la tâche. L'ODet rajoute toutefois quelques éléments à son art. 6 al. 1, comme les noms et adresses des personnes de contact désignées par l'employeur en Suisse, ainsi que la date de commencement de la prestation et sa durée. L'annonce doit de plus se faire huit jours avant le début de l'activité pour tout travail excédant huit jours. Pour certaines activités toutefois, l'al. 2 précise que l'annonce est obligatoire peu importe la durée des travaux. C'est le cas entre autres pour le secteur de la construction, de la restauration, de la sécurité ou encore du nettoyage. En cas d'urgence, une exception au délai de huit jours est possible, et celle-ci peut alors être faite au plus tard le jour-même du début de la prestation. L'article 6 al. 3 ODet cite par exemple le cas d'accidents, de catastrophes naturelles ou encore d'événements imprévisibles. Pour finir, l'art. 7 ODet seul l'employeur dont les travailleurs détachés doivent obtenir une autorisation de séjour selon la LEtr est exempté de l'obligation d'annonce obligatoire. Les employeurs européens doivent donc dans tous les cas annoncer leurs travailleurs et ne peuvent reporter l'annonce au plus tard le jour du début de l'activité que dans certains cas exceptionnels.

3.1.3.3 Sanctions

Deux types de sanctions sont prévus aux articles 9 et 12 de la loi. L'article 9 LDet prévoit des sanctions administratives alors que l'article 12 LDet prescrit des sanctions pénales.

Les sanctions administratives regroupent deux types de mesures qui peuvent être prises contre les entreprises n'ayant pas respecté les règles prévues dans la loi : les amendes ou l'interdiction à une entreprise d'offrir ses services en Suisse pour une durée d'un à cinq ans. Dans chaque cas, l'autorité compétente peut de même décider de mettre les frais de contrôle à la charge de

⁶⁵ Cf. art. 16c ODet.

⁶⁶ Message du 1^{er} octobre 2004 concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2004 p. 6187), p. 6199.

⁶⁷ Cf. art. 9 al. 1bis OCLP.

⁶⁸ PÄRLI, p. 144.

l'entreprise en faute⁶⁹. Les sanctions administratives ont évolué et se sont durcies au fil des années et des différentes modifications des mesures d'accompagnement. La dernière révision des sanctions, en 2016, augmente par exemple le montant potentiel de l'amende de 5'000 à 30'000 francs et étend la possibilité d'interdire à une entreprise d'offrir ses services en Suisse au cas où elle aurait violé une obligation de renseigner ou n'aurait pas payé une amende⁷⁰. Selon un rapport du SECO, durant l'année 2017, quelques 2'645 amendes et 975 interdictions d'offrir des prestations en Suisse ont été prononcées par les autorités cantonales⁷¹.

Les sanctions pénales sont quant à elles régies et énumérées à l'article 12 LDet. Une amende de 40'000 francs au plus peut être infligée à toute personne ayant refusé de renseigner les autorités, ayant entravé un contrôle, n'ayant pas respecté une sanction administrative d'interdiction d'offrir ses services en Suisse ou encore ayant violé les obligations de salaire minimum figurant dans un CTT par cupidité et de manière systématique. Cette mesure peut se coupler à l'une des sanctions administratives de l'article 9 LDet. De plus, selon l'article 12 al. 3 LDet, une amende d'un million de francs peut être infligée à l'employeur qui n'aura pas respecté les conditions minimales de l'article 2 LDet de manière « systématique et dans un esprit de lucre ». Toutes les sanctions pénales prévues dans la LDet peuvent être ordonnées uniquement si le Code pénal ne prévoit pas de peine plus conséquente⁷².

3.1.3.4 Règles relatives aux indépendants fictifs

Jusqu'en 2013, seul un alinéa permettait aux autorités de contrôle de demander aux personnes se définissant comme indépendants de prouver leurs dires, ce qui a vite posé problème en pratique⁷³. Le troisième paquet de mesures d'accompagnement, entré en vigueur en janvier 2013, a donc introduit des règles spécifiques dans la LDet afin de lutter contre les indépendants fictifs. En effet, puisqu'ils n'ont pas d'employeur à proprement parler, les indépendants souhaitant offrir leurs services en Suisse ne sont pas soumis aux règles de la LDet à moins qu'une disposition ne prévoient le contraire⁷⁴. L'article 7 al. 1bis OLCP par exemple les oblige à respecter la procédure d'annonce obligatoire des art. 6ss LDet. Toutefois, contrairement aux employeurs qui détachent des travailleurs, rien ne les oblige à respecter l'art. 2 LDet, à se conformer aux règles salariales et de travail prévalant dans la branche et donc à exercer selon leurs modalités⁷⁵. En conséquence, le risque existe que des employeurs envoient des travailleurs en Suisse et tentent de les faire passer pour des indépendants afin de contourner les dispositions de la LDet.

Selon l'article 1a LDet, la notion d'activité indépendante est interprétée selon le droit suisse, et une personne qui se considère comme indépendante doit pouvoir le prouver aux autorités de contrôles si celles-ci en font la demande. Les autorités basent leur analyse sur les différents documents fournis par la personne en question, comme l'annonce de son entrée ou encore la

⁶⁹ Cf. art. 9 al. 2 lit. g LDet.

⁷⁰ PÄRLI, p. 222.

⁷¹ SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, *Rapport FlaM 2017 – mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52659.pdf> » (consulté le 17.04.2019).

⁷² WYLER / HEINZER, p. 944.

⁷³ PÄRLI, p. 46.

⁷⁴ Message du 2 mars 2012 concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2012 p. 3161), p. 3169.

⁷⁵ VÖGELI, p. 749.

copie du contrat de mandat, voire la confirmation du mandant qu'il existe bien un contrat, ou encore sur tout autre renseignement ou document qu'elles auront jugé utile de demander. L'alinéa 5 de l'article 1a oblige même le mandant à lui aussi renseigner les autorités si celles-ci lui en font la demande. Sur cette base, l'organe compétent examine ensuite si, selon le droit suisse des contrats, le prestataire doit être considéré comme lié par un contrat de travail – avec un lien de subordination à un employeur – ou comme réel indépendant⁷⁶.

Dans le cas où il ressort de l'analyse que le travailleur n'est pas indépendant et que son employeur ne peut être identifié, ou qu'il a violé son obligation de renseigner les autorités, l'art. 1b al. 2 LDet prévoit que les travaux peuvent être suspendus par l'autorité et que la personne peut être forcée à quitter son travail, ce jusqu'à ce que les documents exigés soient procurés ou que l'employeur soit localisé, mais doit cesser dès que la situation est régularisée. De plus, selon le principe de proportionnalité, ce genre de mesure ne doit être ordonné que restrictivement puisqu'il restreint l'activité économique des personnes. C'est le cas notamment lorsque celles-ci ne réagissent pas à un avertissement ou qu'elles ne fournissent pas l'entièreté des documents demandés au point où cela reflète un clair refus de coopérer de leur part⁷⁷.

3.1.3.5 Règles relatives à la responsabilité du sous-traitant

En 1999, rien n'avait été prévu concernant la possible responsabilité de l'employeur en cas de sous-traitance dans les mesures d'accompagnement I, puisque le droit suisse réglait suffisamment le problème selon le Conseil fédéral⁷⁸. L'article 5 LDet a été introduit en juillet 2013 et consacre la responsabilité civile solidaire de l'entrepreneur général pour les violations de l'article 2 commises par ses sous-traitants. L'article précise toutefois que cette responsabilité solidaire de l'entrepreneur principal ne vaut que dans les domaines de la construction, du génie civil ainsi que du second œuvre. Cela signifie donc qu'aucune responsabilité de l'entrepreneur ne peut exister pour les autres domaines d'activité, à moins que le contrat de travail n'en dispose autrement et que la responsabilité ainsi instaurée n'aille pas au-delà de l'art. 2 LDet ; ceci afin de ne pas contrevenir à la libre-circulation des services de l'ALCP⁷⁹.

De plus, l'entrepreneur ne peut être poursuivi que subsidiairement, dans les cas où le sous-traitant a été poursuivi sans résultat ou qu'il a été impossible d'enclencher une action à son encontre⁸⁰. Selon l'art. 5 al. 3 LDet, il conserve toutefois la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a fait preuve de toute la diligence commandée par les circonstances vis-à-vis des sous-traitants qu'il a engagés. La loi donne l'exemple du cas où le sous-traitant a présenté à l'entrepreneur des documents qui montraient qu'il respectait les conditions de l'art. 2 LDet ; cela constitue un indice selon lequel l'entrepreneur a bien rempli son devoir de diligence⁸¹.

La révision de 2016 a entraîné une précision des sanctions applicables à l'employeur qui ne remplit pas son devoir de diligence : dorénavant, l'entrepreneur principal risque, en plus de voir

⁷⁶ WYLER / HEINZER, p. 921.

⁷⁷ PÄRLI, p. 66.

⁷⁸ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 p. 5440), p. 5703.

⁷⁹ WYLER / HEINZER, p. 934.

⁸⁰ Cf. art. 5 al. 2 LDet.

⁸¹ PÄRLI, p. 131.

les coûts du contrôle être mis à sa charge, une amende de 5'000 francs ou une interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée de cinq ans maximum.

4 Compatibilité du système suisse avec l'ALCP

4.1 Rôle de la jurisprudence de la CJUE dans l'analyse de compatibilité

Au fil des années, la portée exacte de la Directive 96/71/CE, qui ne fait que fixer un cadre sur lequel les Etats peuvent s'appuyer, s'est précisée via la jurisprudence de la CJUE. Puisque la Directive nécessitait un délai de transposition avant que les Etats membres ne soient contraints de l'appliquer, il n'existait encore aucune jurisprudence de la CJUE la concernant au moment de la conclusion de l'ALCP ; jurisprudence que la Suisse aurait dans ce cas dû reprendre conformément à la première phrase de l'article 16 al. 2 ALCP. L'ALCP ne fait toutefois mention de la jurisprudence postérieure de la Cour que pour spécifier qu'elle devra être communiquée aux autorités helvétiques, ce qui pourrait signifier qu'elle ne doit pas obligatoirement être reprise par les juridictions suisses⁸². Toutefois, le Tribunal fédéral a finalement décidé de reprendre celle-ci, se basant sur le principe de parallélisme, à moins qu'il n'y ait de sérieuses raisons de s'en écarter⁸³. La jurisprudence de la CJUE relative à la Directive 96/71/CE, bien que ne liant formellement pas la Suisse, est donc digne de considération et peut permettre de se faire une idée de la conformité des règles suisses au système qui prévaut dans l'UE.

4.2 Le devoir d'annonce

La Directive 96/71/CE s'occupe principalement de coordonner les Etats membres quant aux mesures qu'ils doivent prendre vis-à-vis des conditions minimales de travail et de salaire des travailleurs. La question est de savoir si elle ne s'oppose pas à laisser une certaine marge de manœuvre aux États qui leur permettrait d'instaurer une obligation d'annonce telle que celle prévue par la Suisse.

Les mêmes interrogations se sont posées au sein même de l'Union européenne concernant la libre circulation des services. Cela a mené la CJUE à rendre un certain nombre d'arrêts traitant de cas où les pays avaient prévu différents types de déclaration préalable et où elle a donc eu l'occasion de commenter et interpréter leur compatibilité avec la Directive.

4.2.1 Jurisprudence de la CJUE à l'égard des devoirs d'annonce

L'obligation d'annonce en tant que telle, selon la CJUE, ne relève pas de l'article 3 de la Directive 96/71/CE, puisque ce n'est pas une mesure garantissant directement les conditions de travail et d'emploi, mais une mesure garantissant que les contrôles de ces conditions par les autorités nationales soient effectifs. En édictant un devoir d'annonce préalable, les autorités nationales reçoivent ainsi des informations sur le détachement qui leur permettront de vérifier si toutes les conditions garanties aux travailleurs sont remplies et, s'il doit y avoir un contrôle sur place, de vérifier leur application⁸⁴. Ce type de mesures doit, selon la CJUE, être défini comme des « règles administratives accessoires destinées à permettre la vérification du respect

⁸²EPINEY, *Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH*, p. 24.

⁸³ ATF 139 II 393 consid. 4.1.1, ATF 141 II 1 consid. 2.2.3. Sur la jurisprudence relative à la Directive 96/71/CE en particulier, voir notamment 2C_150/2016 consid. 2.2, ATF 140 II 447 consid. 4.3.

⁸⁴ CJUE, Arrêt De Clercq e.a C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, consid. 47

desdites conditions »⁸⁵ et être précisé librement par les États tant que ceux-ci respectent la libre circulation des services telle que consacrée dans le traité et par les principes généraux du droit de l'Union européenne. Le TFUE ne s'applique pas en tant que tel pour la Suisse, qui ne doit respecter que les dispositions de l'ALCP. Cela implique toutefois que la Suisse doit garantir qu'il n'y aura pas de restriction injustifiée ; les arrêts qui suivent donnent ainsi une idée de ce que la Cour considère comme justifié et ce qu'elle juge être, au contraire, une restriction disproportionnée à la libre circulation des services.

4.2.1.1 Arrêt Commission/Luxembourg

Dans l'affaire C-319/06, où la Commission s'opposait au Luxembourg, la Cour se penche sur la légitimité d'une mesure nationale luxembourgeoise obligeant les entreprises qui souhaitent détacher leurs travailleurs à fournir, si le département compétent le demandait, une déclaration contenant les indications essentielles sur le détachement et les travailleurs détachés, ce avant le début des travaux et le plus rapidement possible⁸⁶. L'entreprise ne fournissant pas les informations demandées dans le délai encourait un ordre d'arrêt immédiat des activités du travailleur et, si elle refusait encore d'obtempérer, des poursuites pénales⁸⁷. La CJUE a estimé que la règle était ambiguë ; elle imposait une obligation imprévisible, sans durée exacte puisqu'« avant le début des travaux » peut englober une longue période et ne précisait pas comment les autorités pouvaient être au courant de la future présence de l'entreprise sur leur territoire. Elle entraînait donc une insécurité juridique, pouvant ainsi dissuader un entrepreneur d'envoyer ses travailleurs sur sol luxembourgeois. Cette restriction à la libre-circulation des services est donc considérée comme incompatible avec le traité.⁸⁸

4.2.1.2 Arrêt dos Santos Palhota

Dans cet arrêt de 2010, une entreprise portugaise détachait certains de ses travailleurs en Belgique, pays dans lequel la législation prévoyait une obligation de déclaration préalable au détachement par l'employeur. Dans les cinq jours qui suivaient, un numéro d'enregistrement était délivré à l'employeur, qui ne pouvait commencer les prestations qu'après la date de notification du numéro. Il fallait ensuite qu'il s'enregistre, sans quoi il ne pouvait pas bénéficier du régime simplifié, qui permettait de ne pas avoir à tenir de documents sociaux à disposition de l'administration. La déclaration préalable devait quant à elle contenir le nom, l'adresse, le téléphone, mail et numéro d'identification auprès de la sécurité sociale de l'employeur ainsi que toutes les informations sur les mandataires de l'employeur, les informations complètes de chaque travailleur détaché (sexe, pièce identité, date du contrat de travail, état civil ou encore la date de début de l'occupation), les conditions du détachement, soit la durée hebdomadaire de travail et les horaires, ainsi que toutes les informations sur le détachement, qui comprenait le lieu, la durée, les dates exactes ainsi que les prestations effectuées⁸⁹. La procédure d'annonce préalable était, selon le gouvernement belge, un moyen de vérifier le respect des conditions posées par la Directive 96/71/CE et servait l'intérêt public de la protection des travailleurs, ce

⁸⁵ CJUE, Arrêt dos Santos Palhota e.a. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589, consid. 26

⁸⁶ CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, consid. 6.

⁸⁷ *Ibidem*, consid. 79.

⁸⁸ CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, consid. 77-82.

⁸⁹ CJUE, Arrêt dos Santos Palhota e.a. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589, consid. 9-10.

qui justifiait une restriction à la libre circulation des services⁹⁰. Dans le cas d'espèce, l'entreprise n'avait pas déclaré ses travailleurs au préalable, ne leur tenait pas de comptes individuels et était accusée d'infraction au salaire minimal.

Pour la CJUE, la procédure d'annonce doit, en l'espèce, être considérée comme une procédure d'autorisation administrative cachée, puisque le détachement ne peut jamais débiter avant que la procédure de déclaration se soit terminée, et viole ainsi l'art. 56 TFUE. Elle considère que la mesure de l'annonce préalable telle que mise en œuvre en Belgique est disproportionnée puisque l'enregistrement post-notification est obligatoire et que la notification est nécessaire pour que les travaux puissent commencer. Elle précise toutefois qu'une simple déclaration sans notions de notification et d'enregistrement aurait toutefois été possible et proportionnée⁹¹.

4.2.1.3 Arrêt De Clercq

Dans le cas De Clercq, la législation belge imposait une déclaration préalable au détachement qui s'ensuivait d'un accusé de réception que les travailleurs devaient pouvoir présenter au destinataire de leurs services. S'ils étaient incapables de lui fournir ledit accusé, le destinataire devait alors lui-même fournir à l'autorité compétente les données d'identification des travailleurs détachés dont il bénéficiait des services. Dans le cas où il ne s'exécutait pas, le destinataire lui-même s'exposait à des poursuites pénales⁹². La Cour reconnaît une fois encore que la protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui pourrait justifier une restriction à 56 TFUE, tout en reconnaissant de même l'importance de l'objectif de lutter contre la fraude, celui de prévenir les abus ainsi que celui de protéger les travailleurs⁹³. Concernant la justification et la proportionnalité de la première mesure, celle de l'obligation pour l'employeur de déclarer au préalable les travailleurs qu'il compte détacher ainsi que les informations et conditions du détachement à proprement parler, la Cour rappelle qu'elle considère ce genre de mesures proportionnées⁹⁴. Quant à la deuxième mesure, celle qui contraint le destinataire des services à déclarer lui-même, dans le cas contraire, les travailleurs qui lui sont détachés, la Cour estime qu'elle peut en principe être considérée comme étant proportionnée et en accord avec le TFUE, mais qu'il appartient à la juridiction de renvoi de juger si les règles belges sont effectivement aptes et nécessaires à un tel contrôle⁹⁵.

4.2.2 Conclusion

Selon l'interprétation que fait la jurisprudence de la CJUE des devoirs de déclaration préalables, la règle de l'annonce suisse constitue bien une restriction à la libre circulation des services mais peut être justifiée par un intérêt légitime et par sa proportionnalité. Dans le cas d'espèce, la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime qui permet de justifier une restriction à la libre circulation des services. La Cour a donc déjà expliqué à de multiples reprises qu'une simple obligation de déclaration, pour autant que celle-ci ne cache ni une autorisation de travail, ni des modalités supplémentaires contraignantes et dissuasives, constitue un moyen

⁹⁰ *Ibidem*, consid. 46, consid. 50.

⁹¹ *Ibidem*, consid. 52-54.

⁹² CJUE, Arrêt De Clercq e.a C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, consid. 14-20, consid. 55-57

⁹³ CJUE, Arrêt De Clercq e.a C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, consid. 65.

⁹⁴ *Ibidem*, consid. 71.

⁹⁵ *Ibidem*, consid. 74.

proportionné de contrôler le respect des conditions de travail garanties dans le pays d'accueil du détachement.

Toutefois, le délai d'attente de huit jours rendu obligatoire par la législation suisse pourrait être considéré comme disproportionné. Ce délai, originalement justifié par le temps nécessaire à l'administration pour vérifier les informations données, pourrait être réduit ou même supprimé, laissant celle-ci faire son analyse malgré le début de la prestation de service⁹⁶. En effet, le problème principal posé par le délai de huit jours et rendant la mesure disproportionnée est l'attente qu'il impose à l'employeur, qui ne peut commencer à travailler qu'après l'écoulement de cette période impérative⁹⁷. Si le délai ne peut pas être réduit, les exceptions au respect dudit délai devraient alors pouvoir être élargies à plus de cas que simplement ceux inclus dans la notion restrictive de « cas d'urgence » pour que les huit jours puissent potentiellement être proportionnés⁹⁸.

4.3 Sanctions

Si la Directive 96/71/CE contient un article 5 sur les mesures que les EM peuvent prendre afin d'assurer l'application des conditions minimales qu'ils ont prévues, cet article ne parle que de prendre les mesures « adéquates », sans en préciser la portée⁹⁹. Comme nous l'avons précédemment analysé, les sanctions prévues par la LDet sont classées en deux types : les sanctions dites administratives et celles dites pénales. Elles ont évolué au fil des années, prévoyant désormais plusieurs cas de figure et prennent plusieurs formes comme l'amende ou l'interdiction d'offrir ses services. Il faut de même souligner qu'à ces sanctions s'ajoute l'article 2 al. 2^{quater} LDet, qui spécifie que les sanctions conventionnelles infligées par les commissions paritaires en cas de violation des conditions de travail relevant de l'art. 2 LDet prévues dans CCT de force obligatoire s'appliquent aussi aux employeurs détachant des travailleurs en Suisse. Trois types de sanctions peuvent donc être infligées à un employeur, dont deux qui découlent de la LDet et l'un directement des CCT.

La CJUE, de son côté, s'est peu exprimée sur la question des sanctions et de leur proportionnalité dans le cadre du détachement de travailleurs et laisse une large marge de manœuvre aux Etats.

4.3.1 Jurisprudence de la CJUE

4.3.1.1 Arrêt Wolff et Müller

Dans cet arrêt portant sur une affaire qui s'est produite l'année qui a suivi la date de reprise obligatoire de la Directive 96/71/CE par les Etats membres, la Cour précise la portée de son article 5. La loi allemande prévoyait en effet que lorsqu'une entreprise employait une autre entreprise afin d'effectuer des travaux, elle répondait solidairement du paiement des salaires des employés dudit sous-traitant dans le cas où celui-ci se trouvait dans l'incapacité de le faire lui-même¹⁰⁰. Elle imposait donc à toute entreprise souhaitant utiliser des sous-traitants une obligation d'être caution de ces derniers. La Cour explique à cet effet que l'article 5 de la Directive 96/71/CE laisse une marge d'appréciation étendue aux Etats quant aux mesures qu'ils

⁹⁶ PÄRLI, p. 159.

⁹⁷ TOBLER, §61.

⁹⁸ EPINEY, *Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens*, p. 107.

⁹⁹ Cf. art. 5 Dir. 96/71/CE.

¹⁰⁰ CJUE, Arrêt Wolff & Müller C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610, consid. 8.

désirent mettre en œuvre pour assurer la bonne application par les employeurs des différentes conditions de travail. Elle leur rappelle toutefois qu'ils doivent toujours garder en tête la libre circulation des services lors de cet exercice¹⁰¹. Dans le cas d'espèce, elle renvoie l'affaire au tribunal allemand pour analyser la proportionnalité de la mesure vis-à-vis de l'objectif qu'elle poursuit qui est la garantie d'un salaire minimal pour les travailleurs. Elle considère néanmoins que l'article 5 en tant que tel ne s'oppose pas à l'adoption de telles mesures¹⁰².

4.3.1.2 Arrêt De Clercq

Comme nous l'avons précédemment analysé, les autorités belges demandaient à l'employeur d'origine ou, si celui-ci ne le faisait pas, à l'employeur de destination, d'annoncer préalablement le détachement. Le cas contraire, les employeurs risquaient des sanctions qui pouvait être pénales. La CJUE déclare que les sanctions, même pénales, ne sont pas en soi injustifiées aussi longtemps que « la nature et le montant de la sanction imposés soient dans chaque cas d'espèce proportionnés à la gravité de l'infraction qu'elle vise à sanctionner »¹⁰³. Elle renvoie l'affaire à la juridiction de renvoi pour déterminer si les sanctions étaient, dans le cas d'espèces, proportionnées.

4.3.2 Conclusion

Le cas De Clercq montre que la compatibilité des sanctions prévues par les Etats dépend principalement du cas d'espèce. Toutefois, la mise en place de sanctions administratives et/ou pénales ne contrevient pas en soi à l'Accord sur la libre circulation des personnes. Quant à savoir si le cumul administratif, pénal et civil pourrait être justifiable, il convient de rappeler que diverses sanctions peuvent cohabiter tant que leur fondement juridique et leur objectif divergent et qu'elle ne sont pas, dans le cas d'une analyse de la libre-circulation des services, disproportionnées ou discriminatoires¹⁰⁴. Dans le cas des sanctions conventionnelles, celles-ci s'appliquent à toute entreprise liée par la CCT étendue qui les prévoit, ce qui ne pose pas de problème de discrimination. De plus, d'après l'auteur Kurt Pärli, les sanctions administratives et pénales prévoyant des amendes ne sont pas non plus discriminatoires, puisque même si celles prévues dans la LDet ne s'appliquent que pour les employeurs européens, les entreprises suisses peuvent elles aussi faire l'objet de sanctions si elles ne respectent les conditions minimales de travail¹⁰⁵. Selon un arrêt du TF, la sanction qui interdit à une entreprise européenne d'offrir ses services en Suisse pendant une durée déterminée n'est pas non plus discriminatoire¹⁰⁶. En effet, il rappelle qu'il existe de conséquentes différences entre les entreprises suisses et les entreprises étrangères dans leur manière d'évoluer sur le marché suisse. Il cite notamment l'exemple des primes d'assurances payées par les entreprises suisses uniquement et qui seront plus élevées suite à des violations des règles sur les salaires minimaux. Il cite aussi le fait que les entreprises européennes ne peuvent bénéficier du régime de libre prestation des services que durant 90 jours par an et qu'elles risquent donc de moins grandes conséquences économiques que les entreprises suisses si elles se font exclure du marché pendant une année civile. De plus, il

¹⁰¹ *Ibidem*, consid. 30.

¹⁰² *Ibidem*, consid. 43-44.

¹⁰³ CJUE, Arrêt De Clercq e.a C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, consid. 73.

¹⁰⁴ EPINEY/ ZBINDEN, p. 43.

¹⁰⁵ PÄRLI, p. 253, qui renvoie notamment à l'analyse de l'ATF 140 II 447.

¹⁰⁶ ATF 140 II 447 consid. 5.6.

soulève la difficulté accrue d'exécuter des sanctions contre un employeur étranger¹⁰⁷. Selon lui, tous ces éléments justifient que les entreprises européennes puissent se voir infliger des sanctions distinctes de celles des entreprises nationales sans violer le principe de discrimination, puisque leurs situations sont intrinsèquement différentes.

Quant à l'analyse de la proportionnalité, comme le rappelle la CJUE, celle-ci doit se faire au cas par cas, en prenant en compte la gravité de l'infraction, l'intérêt public que les autorités cherchent à protéger ainsi que la nature et le montant de la sanction infligée. Le Conseil fédéral, lors de sa proposition de révision de la LDet en 2016, considère que le montant des amendes prévues en droit suisse reste acceptable et prend exemple sur l'Autriche, qui prévoit elle aussi un montant de 50'000 euros, ainsi que sur l'Allemagne, qui prévoit quant à elle des sanctions pouvant aller jusqu'à 500'000 euros¹⁰⁸. Néanmoins, il relève savoir que l'Union européenne estime que le montant découlant du cumul de sanctions administratives et conventionnelles est disproportionné¹⁰⁹. La proportionnalité des sanctions cumulées peut ainsi être discutée. Pour cela, il faudrait analyser au cas par cas les montants infligés ainsi que leurs conséquences pratiques pour les entreprises.

4.4 Mise à disposition de documents et contrôles

L'art. 7 LDet impose aux employeurs de tenir à disposition des autorités tous les documents nécessaires à un contrôle du bon respect des conditions minimales de travail et de salaire en cas d'inspection. Suivant les autorités, divers documents sont demandés, mais en règle générale, doivent être disponibles le contrat de travail, les fiches de salaire et leurs justificatifs de paiement, ainsi que les récapitulés des horaires des travailleurs¹¹⁰. De plus, ces documents doivent être transmis dans l'une des langues officielles suisses, soit l'allemand, le français ou l'italien¹¹¹. La LDet donne aussi le pouvoir aux autorités d'avoir accès en tout temps au lieu d'exécution des tâches des travailleurs détachés à son article 7 al. 4 afin de garantir l'effectivité des contrôles menés.

4.4.1 Jurisprudence de la CJUE

4.4.1.1 Arrêt Commission c. Allemagne

Dans cette affaire, la loi allemande demandait à ce que chaque employeur détachant des travailleurs en Allemagne conserve des documents sur place prouvant le respect des conditions minimales prévues par le droit allemand en langue allemande à disposition des autorités, ce durant la totalité du détachement ou au maximum 2 ans. Cette disposition entraînait une obligation pour les employeurs de traduire en allemand tous les documents nécessaires aux autorités, notamment le contrat de travail, les fiches de salaire et les preuves des horaires durant lesquels les travailleurs étaient employés¹¹². La Cour considère que cette obligation constitue bien une restriction à la libre-circulation des services, mais concède que c'est une mesure nécessaire au contrôle efficace et pratique du bon déroulement du détachement par les autorités.

¹⁰⁷ *Ibidem* consid. 5.3-5.5.

¹⁰⁸ Message du 1^{er} juillet 2015 concernant la modification de la loi sur les travailleurs détachés (FF 2015 p. 5359), p. 5367.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 5373.

¹¹⁰ PÄRLI, p. 183.

¹¹¹ Cf. Art. 7 al. 2 LDet.

¹¹² CJUE, Arrêt Commission/Allemagne C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, consid. 66.

De plus, elle relève le fait que les documents demandés peuvent être traduits facilement et sans effort financier disproportionné et qu'elle ne conçoit aucune autre mesure qui soit plus adaptée à la réalisation de l'objectif visé par la disposition¹¹³. La loi allemande est donc une restriction proportionnée avec un intérêt légitime, ce qui la rend compatible avec le TFUE.

4.4.1.2 Arrêt Commission c. Luxembourg

La loi luxembourgeoise, en plus de demander une déclaration préalable de détachement sur demande de l'autorité, exigeait aussi que les entreprises sises à l'étranger conservent tous les « documents nécessaires au contrôle des obligations lui incombant » chez un mandataire résidant au Luxembourg¹¹⁴. Selon la Cour, cette obligation pose plusieurs problèmes. Elle impose de manière discriminatoire aux entreprises étrangères des coûts supplémentaires en devant désigner un mandataire spécial pour la conservation de documents ; elle ne précise pas la durée pendant laquelle les documents doivent être tenus à disposition. La Cour considère que la disposition contraignant les employeurs à engager un mandataire spécial à cet effet est disproportionnée et qu'il existe des mesures plus adéquates et moins incisives qui permettraient aux autorités d'exercer les contrôles de manière tout aussi efficaces, par exemple en demandant aux travailleurs eux-mêmes de conserver les documents¹¹⁵.

De même, la Cour cite un arrêt qu'elle avait rendu avant l'entrée en vigueur de la Directive 96/71/CE. Dans celui-ci, elle prévoyait que le système de coopération interétatique instauré par la Directive rendrait à l'avenir disproportionnées les mesures qui forceraient les employeurs à garder des documents sur le territoire du détachement après que celui-ci se soit terminé¹¹⁶.

4.4.1.3 Arrêt dos Santos Palhota

Dans cette affaire, l'employeur devait tenir les copies de divers documents à disposition des autorités belges pendant et après le détachement, dont notamment un décompte des salaires versés aux employés et les prestations que ceux-ci avaient fournies, ainsi que la manière dont leur rémunération avait été calculée¹¹⁷. Ces copies pouvaient être conservées, soit par un mandataire ayant son siège en Belgique, soit sur le lieu de travail des employés. Pour la Cour, le fait de devoir conserver des documents ou des copies desdits documents provenant de l'Etat d'envoi permet de faciliter les contrôles des autorités compétentes tout en étant moins restrictif que de forcer l'entreprise à établir des documents conformes à la législation de l'Etat d'accueil, et peut donc justifier une restriction au TFUE¹¹⁸. De plus, elle considère que requérir la conservation des documents postérieurement au détachement et les envoyer au besoin à l'Etat d'accueil est une mesure moins restrictive que de demander de garder lesdits documents sur le territoire de l'Etat d'accueil : ce qui est donc compatible avec le traité¹¹⁹.

4.4.2 Conclusion

Le droit suisse impose de tenir à disposition des autorités tous les documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de 2LDet, mais cela signifie aussi que les autorités ne

¹¹³ *Ibidem*, consid. 74-76.

¹¹⁴ CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, consid. 7.

¹¹⁵ CJUE, Arrêt Commission/Luxembourg C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, consid. 91.

¹¹⁶ CJUE, Arrêt Arblade C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575, consid. 79.

¹¹⁷ CJUE, Arrêt dos Santos Palhota e.a. C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589, consid. 11, consid. 55.

¹¹⁸ *Ibidem*, consid. 57-58.

¹¹⁹ *Ibidem*, consid. 59.

peuvent pas demander aux employeurs plus que ce qui est nécessaire à cette vérification¹²⁰. Selon les arrêts de la CJUE analysés ci-dessus, cette obligation peut constituer une restriction justifiée à la libre-circulation des services tant qu'elle n'oblige pas l'employeur à fournir trop d'efforts pour la remplir. Cela paraît être le cas puisque seuls les documents nécessaires au contrôle peuvent être requis et rien ne précise le lieu dans lequel les documents doivent être conservés¹²¹. De plus, selon la jurisprudence européenne, demander à ce que les documents soient transmis dans l'une des langues officielles suisses se justifie et ne pose donc pas de problème particulier.

Quant à la problématique de l'art. 7 al. 4 LDet, qui permet aux autorités de contrôler les locaux administratifs ainsi que le lieu de travail des travailleurs en tout temps, il est possible, lors d'une analyse de proportionnalité, d'argumenter que les contrôles ne peuvent aboutir à des résultats effectifs que s'ils sont menés sans avertir l'employeur au préalable ; ils sont donc nécessaires pour atteindre l'objectif visé par la disposition¹²².

4.5 Caution et coûts mis à charge de l'employeur d'origine

L'article 8d ODet prévoit que les employeurs détachant des travailleurs en Suisse doivent, si une CCT déclarée de force obligatoire le prévoit, participer comme les entreprises suisses aux frais de contrôle et d'exécution par les commissions dans leur totalité. Cette obligation se justifie par le surcroît de travail de surveillance pour les organes compétents que demande l'arrivée sur le marché de nouvelles entreprises ainsi que par une nécessité de garantir un traitement égal entre les différentes entreprises actives sur le marché suisse, peu importe leur provenance¹²³. Pour que la prise en charge de tels coûts par l'entrepreneur étranger soit justifiée, il faut toutefois que ceux-ci se fondent sur un intérêt public et soient proportionnés à l'objectif qu'ils visent.

Deuxièmement, l'article 2^{er} LDet, les dispositions des CCT déclarées de force obligatoire prévoyant le versement d'une caution s'appliquent aussi aux employeurs qui détachent des travailleurs. Cet instrument, entré en vigueur avec les mesures d'accompagnement II en 2006 a principalement pour but d'éviter des procédures de recouvrement longues et compliquées en obligeant les employeurs à déposer une caution préalable valable pour tous les mandats qu'ils effectueront en Suisse si une CCT étendue le prévoit¹²⁴. Peu de CCT déclarées de force obligatoire au niveau suisse prévoient toutefois ce mécanisme, comme la CCT pour le secteur suisse de l'isolation ou encore la CCT pour les échafaudeurs¹²⁵. L'obligation de déposer une caution dans la forme prévue ne viole pas le principe de non-discrimination puisqu'elle s'applique aux travailleurs suisses et étrangers et semble pouvoir être justifiée au regard de son objectif – la facilitation du recouvrement de créances dans le cas où un litige surviendrait

¹²⁰ EPINEY, *Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens*, p. 110.

¹²¹ *Ibidem*, p. 111.

¹²² PÄRLI, p. 191.

¹²³ EPINEY/ZBINDEN, p. 35.

¹²⁴ Message du 1^{er} octobre 2004 concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FF 2004 p. 6187), pp. 6200-6201.

¹²⁵ CENTRE SUISSE DE GESTION DES CAUTIONS (zkvs.org), p. « <http://www.zkvs.org/start?lang=fr> » (consulté le 29.04.2019).

pendant le détachement. De plus, aussi longtemps que le montant et les modalités de calcul ne sont pas disproportionnés, la caution peut trouver justification en pratique¹²⁶.

4.6 Position du Conseil de l'Union européenne

Pour le Conseil de l'Union européenne, les mesures d'accompagnement édictées par la Suisse constituent un problème qu'il déplore depuis déjà plusieurs années. Lors de ses conclusions du 14 décembre 2010, il les évoque à son paragraphe 43, en déclarant que « [...] le Conseil est préoccupé par l'application incohérente de certains accords et par le fait que la Suisse introduit des mesures et des pratiques législatives ultérieures incompatibles avec ceux-ci, en particulier l'accord sur la libre circulation des personnes. Le Conseil invite la Suisse à abroger ces restrictions (par exemple, l'obligation de préavis, assortie d'un délai d'attente de huit jours, en vigueur dans ce pays) et à s'abstenir d'adopter de nouvelles mesures incompatibles avec l'accord »¹²⁷. Il ne précise pas exactement si la totalité des mesures d'accompagnements alors en vigueur – soit les paquets I et II – représentent un problème, mais cite principalement l'obligation d'annonce préalable et son délai de huit jours.

Selon un article de presse paru dans le *TagesAnzeiger*, ce seraient principalement sept mesures qui poseraient problème à l'Union européenne ; outre la règle des huit jours, le devoir de caution, le devoir de documentation, le cumul de sanctions et la possibilité d'interdire à une entreprise d'offrir ses services en Suisse, les coûts ainsi que l'étendue des contrôles seraient critiqués et nécessiteraient, selon les autorités européennes, une adaptation pour être compatible avec le système européen¹²⁸.

Le Conseil de l'Union européenne soutient donc que de nombreuses dispositions, et pas uniquement l'annonce préalable, sont incompatibles avec l'ALCP et la libre circulation telle qu'elle y est consacrée. Au vu de l'analyse réalisée au fil de ce travail, cette position, si elle se justifie peut-être par des considérations politiques que nous n'aborderons pas ici, paraît des plus critiquables au niveau juridique. En effet, une seule mesure est, en sa forme actuelle, clairement incompatible avec la jurisprudence de la CJUE : le délai incompressible de huit jours qui précède le devoir d'annonce. De plus, si les autorités suisses décidaient d'abroger ce délai préalable, le devoir d'annonce en tant que tel deviendrait dès lors compatible au système européen, la CJUE l'ayant clairement confirmé à plusieurs reprises¹²⁹.

Quant aux multiples autres mesures évoquées implicitement dans ses conclusions officielles et plus clairement dans les médias, toutes peuvent se justifier en droit européen et elles pourraient porter à discussion uniquement selon leur mise en œuvre et portée concrètes dans les différents cas d'espèces, par exemple, dans le cas de cumul de sanction, suivant la manière dont le cumul en question est réalisé et les sommes qu'il atteint. Juridiquement parlant, ces mesures sont ainsi toutes, *in abstracto*, parfaitement compatibles avec la jurisprudence européenne et par conséquent avec le TFUE.

De plus, les réserves formulées *supra* relatives à la pertinence de la jurisprudence de la CJUE quant à l'analyse de la proportionnalité des mesures d'accompagnement vis-à-vis de l'ALCP

¹²⁶ EPINEY/ ZBINDEN, p. 42.

¹²⁷ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 17423/1/10 REV 1, Bruxelles 14 décembre 2010.

¹²⁸ HAFLIGER Markus / VALDA Andreas, *Es geht um mehr als um die 8-Tage-Regel*, in : *Tages Anzeiger* (tagesanzeiger.ch), Zurich 2018, p. « <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/es-geht-um-mehr-als-um-die-8tageregel/story/28950183> » (consulté le 17.04.2019).

¹²⁹ Cf. chapitre 4.2.

sont toujours valables. L'ALCP ne consacre en effet pas des droits de même portée que le TFUE et la reprise de la jurisprudence CJUE doit donc se faire prudemment. En outre, l'intégration prévue et désirée par les parties avec l'ALCP va moins loin que celle consacrée par le système européen. Si la CJUE devait interpréter les mesures suisses, elle devrait par conséquent le faire en gardant cette considération à l'esprit et pourrait logiquement être plus souple dans l'analyse qu'elle fait de leur admissibilité.

5 L'élaboration d'un accord institutionnel et ses conséquences

5.1 Négociations

Dès 2008, le Conseil évoque dans ses conclusions la nécessité de conclure un accord institutionnel avec la Suisse ; ce qui faciliterait l'application effective des principaux accords sectoriels et apporterait une solution aux problèmes d'interprétation et de règlement des différends en découlant¹³⁰. Ce besoin est réaffirmé en 2010, lors de nouvelles conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE¹³¹.

Dès 2012, la Suisse se penche donc sur les possibles solutions institutionnelles qu'elle pourrait imaginer avec l'Europe et un mandat de négociation du Conseil fédéral en vue de la conclusion d'un tel accord-cadre est adopté en décembre 2013¹³². Le mandat en question contient les lignes directrices que les négociateurs doivent suivre dans le cadre des futurs pourparlers ainsi que certaines lignes rouges concernant les domaines qui ne pourront être modifiés par les négociateurs¹³³ : soit les mesures d'accompagnement, dont le régime devrait être maintenu dans sa totalité, ainsi que la non-reprise de la Directive européenne sur la citoyenneté¹³⁴, sujet que nous n'aborderons pas dans ce travail. Le mandat de négociation du Conseil de l'Union européenne a quant à lui été délivré en mai 2014, malgré le climat tendu qui régnait alors entre les deux parties, suite à l'adoption par le peuple suisse de l'initiative populaire contre l'immigration en masse¹³⁵. En mars 2018, alors que les négociations s'étaient accélérées depuis 2017, le Conseil fédéral a réaffirmé sa position quant au caractère indiscutable des mesures d'accompagnement, qui, pour lui, ne peuvent aucunement être amoindries¹³⁶. C'est finalement le 23 novembre 2018, lors d'une rencontre du Conseiller fédéral alors en charge du DFAE

¹³⁰ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 16651/1/08 REV 1, Bruxelles, 8 décembre 2008.

¹³¹ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays AELE*, Doc. 17423/1/10 REV 1, Bruxelles, 14 décembre 2010.

¹³² TOBLER, §3.

¹³³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Relations Suisse-UE : négocier les questions institutionnelles pour renforcer la voie bilatérale*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2013, p. « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués/communiqués-conseil-federal.msg-id-51490.html> » (consulté le 17.04.2019).

¹³⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le Règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO n°L 158 du 30 avril 2004 p. 77.

¹³⁵ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un accord institutionnel*, Doc. 9525/14, 6 mai 2014.

¹³⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Relations avec l'UE : le Conseil fédéral tire un bilan et précise le mandat de négociation*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués/communiqués-conseil-federal.msg-id-69970.html> » (consulté le 17.04.2019).

Ignazio Cassis avec le représentant de la Commission, Johannes Hahn, responsable de la politique régionale européenne et de l'intégration, que les négociations se sont officiellement terminées. Selon le document explicatif publié par la Confédération, le Conseil fédéral a « pris connaissance » du projet définitif début décembre 2018¹³⁷, ce qui témoigne dans les faits de son envie de se distancier de l'Accord proposé et ainsi de ne pas s'engager à le soutenir inconditionnellement face aux milieux consultés durant la suite de la procédure. Son refus de parapher le document lui permettra d'ailleurs plus tard de ne pas avoir à défendre publiquement le projet mais au contraire se positionner conformément à la tendance ressortant de la consultation et exprimer publiquement les interrogations des différents milieux suisses.

En sus du Protocole 1, qui est examiné ci-après et qui vise précisément à clarifier l'acceptabilité des mesures d'accompagnement, deux aspects spécifiques de l'Accord institutionnel revêtent une importance particulière: les règles concernant la reprise de l'acquis communautaire par la Suisse et le régime de règlement des différends. En effet, selon le régime dont conviendront les parties, une reprise de l'acquis communautaire pourrait signifier que tout développement européen futur en matière de mesures d'accompagnement devra à son tour être conséquemment repris par la Suisse. Cet élément doublé à une règle d'interprétation conforme à celle de la CJUE signifierait ainsi que la Suisse devra non seulement reprendre les actes européens dans son droit interne, mais aussi, logiquement, se référer à la jurisprudence européenne lors de leur interprétation. De plus, le volet concernant le règlement des différends permettra de savoir ce qui pourra être entrepris dans le futur si une situation de « blocage » comme celle que traversent actuellement la Suisse et l'Union européenne venait à se reproduire. En effet, comme nous l'avons analysé, en l'état, aucun moyen efficace n'existe afin de trouver une solution et trancher en faveur d'une interprétation ou d'une autre lorsque les deux parties considèrent agir en accord avec les traités. Dans le cas d'un conflit sur les mesures d'accompagnement se prolongeant, un système efficace de règlement des différends permettra d'éviter ces situations en légitimant définitivement la manière de faire suisse, ou en donnant raison à l'Union européenne et, de ce fait, contraignant la Suisse à modifier sa pratique.

5.2 Reprise de l'acquis communautaire

5.2.1 Système général proposé par l'Accord

Le but du Conseil fédéral était d'éviter une reprise automatique de l'acquis communautaire, en tentant toutefois d'atteindre une homogénéité entre le droit bilatéral et le droit européen. L'Accord proposé¹³⁸ instaure donc un système d'adaptation dynamique aux développements de l'acquis communautaire qui vaudra pour tout accord bilatéral tombant dans le champ d'application de l'accord institutionnel : la Suisse reprendra ainsi le plus vite possible dans son droit interne tout nouvel acquis communautaire pertinent dans les domaines concernés¹³⁹, et

¹³⁷ CONFÉDÉRATION SUISSE, *Accord institutionnel Suisse-UE : document explicatif*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 16.01.2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Erlauterungen_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019), p. 3.

¹³⁸ Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, version finale du 23 novembre 2018, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019).

¹³⁹ Cf. art. 5 Accord institutionnel.

bénéficiera en contrepartie d'un pouvoir de *decision shaping* qui lui permettra de participer activement à la création de l'acquis pertinent qu'elle devra ensuite reprendre¹⁴⁰.

Officiellement, les développements du droit européen ne seront pas automatiquement intégrés dans le droit suisse mais devront, après intégration de l'acquis dans l'accord bilatéral le concernant, faire l'objet d'une reprise dans le respect des procédures nationales et des particularités constitutionnelles suisses¹⁴¹. Pour ce faire, un délai de deux ans sera octroyé à la Suisse, avec un an supplémentaire en cas de référendum¹⁴². Juridiquement parlant, cela signifie toutefois que les accords bilatéraux, qui sont aujourd'hui statiques, deviendront désormais des accords dynamiques dont l'acquis y figurant devra obligatoirement être repris par la Suisse, et ce dans un délai relativement court.

L'Accord introduit de même un principe d'interprétation uniforme à son art. 4§2, qui prévoit que la Suisse devra notamment interpréter les actes de l'Union européenne qu'elle reprendra et auxquels il sera fait référence de manière conforme à la jurisprudence antérieure et postérieure de la CJUE, dans le souci d'homogénéité qui guide l'Accord entier. Toute nouvelle directive relative au détachement de travailleurs et reprise par la Suisse devra ainsi être interprétée conformément à la jurisprudence de la CJUE.

5.2.2 Système spécifique au détachement de travailleurs

En sus de l'Accord à proprement parler, un Protocole 1 sur les règles applicables afin de tenir compte des spécificités du marché du travail suisse y est annexé et fait, selon l'art. 19 de l'Accord, partie intégrante de ce dernier. Les Parties commencent par y souligner leur objectif commun de garantir le principe « à travail égal, salaire égal » et de protéger les travailleurs des abus qui pourraient découler de la libre prestation des services consacrée par l'ALCP. Pour cela, la Suisse s'oblige à reprendre, dans les trois années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, deux récentes Directives européennes explicitement nommées portant sur le thème du détachement des travailleurs. La première, la Directive 2014/67/UE¹⁴³, est une Directive d'exécution de la Directive 96/71/CE et la deuxième, la Directive 2018/957/UE¹⁴⁴, révisé la Directive 96/71/CE originale.

Le Protocole 1 prévoit de même que la Suisse, toujours dans les trois années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord, sera intégrée à l'IMI, le système d'information du marché intérieur. Celui-ci permet une meilleure coopération entre les Etats et donc une facilitation des contrôles liés à la protection des travailleurs détachés.

5.2.2.1 Directive 2014/67/UE

¹⁴⁰ Cf. art. 12 Accord institutionnel.

¹⁴¹ CONFÉDÉRATION SUISSE, *Accord institutionnel Suisse-UE : document explicatif*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 16.01.2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019), p. 6.

¹⁴² Cf. art. 14 al. 3 Accord institutionnel.

¹⁴³ Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»), JO n° L 159 du 28 mai 2014, p. 11.

¹⁴⁴ Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 173 du 9 juillet 2018, p. 16.

Après l'adoption de la Directive 96/71/CE, les institutions européennes se sont rapidement rendu compte des insuffisances de celles-ci. En 2003 déjà, la Commission européenne publiait un rapport où elle constatait « plusieurs insuffisances et des problèmes de mise en œuvre ou d'application incorrectes de la directive dans certains Etats membres »¹⁴⁵. Des arrêts de la CJUE condamnant la pratique de certains Etats intensifièrent le doute quant à la manière dont la Directive devait être interprétée, ainsi que quant à la portée exacte de la notion de protection des travailleurs vis-à-vis de la libre circulation des services¹⁴⁶. De plus, suite à l'élargissement de l'UE et l'arrivée sur le marché de nouveaux Etats appliquant des conditions de travail très différentes des autres Etats, les inégalités se sont multipliées et creusées, malgré la présence de la Directive 96/71/CE¹⁴⁷. La Directive d'exécution 2014/67/UE, entrée en vigueur en mai 2014, contient donc des mesures et mécanismes de contrôle afin d'assurer une application de meilleure qualité et plus uniforme de la Directive 96/71/CE¹⁴⁸. Cette dernière n'est donc ni révisée ni abrogée, mais sa mise en œuvre devrait être facilitée par la nouvelle directive d'exécution, qui précise le cadre de mesures qui peuvent être adoptées par les Etats et qui garantit une certaine protection des travailleurs détachés¹⁴⁹. L'art. 5 de la Directive 2014/67/UE impose ainsi aux Etats de tenir à disposition, notamment par un site internet national unique, de manière claire, transparente et facilement accessible, toutes les conditions minimales de travail prévues par l'art. 3 de la Directive 96/71/CE que les employeurs étrangers doivent respecter lors de détachements de travailleurs.

La Directive prévoit de même une coopération renforcée entre les Etats membres afin de faciliter les contrôles de chacun et ainsi améliorer la mise en œuvre de la Directive 96/71/CE : l'article 7 oblige les Etats à répondre au plus vite à toute demande de renseignement et à entreprendre les démarches nécessaires afin de vérifier au besoin lesdites informations. Les articles 14ss de la Directive instaurent de même une coopération et assistance entre les Etats pour l'exécution des sanctions et le recouvrement des amendes et peines pécuniaires infligées aux entreprises. Toutes ces procédures se réalisent avec l'utilisation de l'IMI, le système d'information du marché intérieur qui facilite les échanges de renseignements entre les différentes autorités.

L'article 4 de la Directive 2014/67/UE développe quant à lui une méthode pour les Etats afin d'éviter les pratiques frauduleuses et assurer le caractère véritable du détachement ; il vise à débusquer les entreprises « boîtes aux lettres » créées dans un Etat uniquement pour profiter de sa législation ou son système de sécurité sociale plus faible, sans y avoir de réelle activité¹⁵⁰. L'art. 4§2 contient en effet une liste d'éléments que les autorités étatiques compétentes doivent prendre en compte afin de déterminer si les travailleurs auxquels elles font face doivent véritablement être considérés comme étant détachés. De réelles activités substantielles sont

¹⁴⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD), Bruxelles 21 mars 2012, p. 4.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁴⁷ NAFILYAN, p. 497.

¹⁴⁸ FRANZEN ET AL., p. 1124.

¹⁴⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, COM (2012) 131 final, 2012/0061 (COD), Bruxelles 21 mars 2012, p. 12.

¹⁵⁰ MÜLLER, p. 795.

ainsi nécessaires et la liste reprend un faisceau d'indices partiellement tiré de la jurisprudence de la CJUE¹⁵¹.

Pour finir, un point central précisé par la Directive est celui des sanctions et mesures que les Etats peuvent prendre afin de garantir le respect des conditions minimales prévues par la Directive 96/71/CE. En effet, l'article 5 de cette dernière ne prévoyait que la prise de mesures « adéquates » par les Etats membres pour garantir le respect des dispositions qu'elle édictait, sans préciser ce qu'elle entendait avec cette notion. L'article 9 de la Directive 2014/67/UE détaille donc une liste non-exhaustive de mesures de contrôle et d'exigences administratives que les Etats peuvent instaurer, en fixant toutefois comme limite générale l'obligation qu'elles soient « justifiées et proportionnées conformément au droit de l'Union »¹⁵². Elle autorise ainsi explicitement à son art. 9§2 les Etats à prévoir un devoir d'annonce qui doit se produire au plus tard lors du début de la prestation de service et qui contient les informations nécessaires aux contrôles par les autorités de l'Etat d'accueil : par exemple l'identité de l'employeur, le nombre de travailleurs, la durée des travaux ainsi que leur lieu. Les Etats n'ont pas l'obligation de demander aux entreprises de déclarer leur présence sur leur territoire, mais peuvent le prévoir s'ils le jugent nécessaire, et pour ce faire s'inspirer de la liste d'éléments détaillés à l'art. 9§2 lit. a) de la Directive¹⁵³. L'article 9§2 lit. b) permet aussi aux Etats de prévoir une obligation de tenir à disposition sur le territoire de l'Etat d'accueil, pendant toute la durée du détachement, certains documents nécessaires au bon déroulement de contrôles, notamment le contrat de travail, les fiches de paies et les relevés d'horaire et de salaire. Après que le détachement se soit terminé, l'Etat peut encore demander la présentation des documents précédemment cités mais doit pour cela laisser un délai raisonnable à l'employeur¹⁵⁴. Dans les deux cas, la lit. d) de l'article 9§2 prévoit que l'Etat peut exiger que les documents fournis soient traduits dans l'une de ses langues officielles. Pour finir, la désignation d'une personne de contact présente sur le territoire de l'Etat de détachement peut être exigée pendant la durée de celui-ci. Les mesures considérées par l'article 9 comme admissibles afin de garantir le respect des dispositions de la Directive 96/71/CE reprennent ainsi presque mot pour mot la jurisprudence de la CJUE en la matière¹⁵⁵. Chaque situation doit cependant être analysée au cas par cas puisque l'article 9§1 précise bien que les mesures devront systématiquement être « justifiées et proportionnées » en accord avec la libre circulation telle qu'elle est consacrée notamment dans le TFUE¹⁵⁶. La Commission joue un rôle important dans cette analyse puisque selon l'art. 9§5, les Etats doivent lui communiquer toute nouvelle mesure de contrôle qu'ils comptent édicter ; elle en contrôlera ensuite la conformité à la libre circulation des services.

L'article 10, qui se nomme « Inspections », autorise les Etats à prévoir des contrôles sur leur territoire permettant de vérifier le respect de la Directive 96/71/CE. Ces inspections doivent toutefois, selon l'art. 9§1 et §2, être « efficaces et adéquates » et ne peuvent être « ni discriminatoires ni disproportionnée ».

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Cf. art. 9§1 Directive 2014/67/UE.

¹⁵³ MÜLLER, p. 792.

¹⁵⁴ Cf. art. 9§2 lit. c) Directive 2014/67/UE.

¹⁵⁵ Cf. *supra* chapitre 4.

¹⁵⁶ Cf. art 9§1 Directive 2014/67/UE.

Pour finir, la Directive d'exécution ne crée aucune sanction. Son article 20 laisse le soin aux Etats d'instaurer des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » pour que ses dispositions soient respectées.

5.2.2.2 Directive 2018/957/UE

La Directive 2018/957/UE, quant à elle, n'est pas une simple directive d'exécution de la Directive 96/71/CE comme celle de 2014 qui ne fait que la préciser ; elle va en effet plus loin puisqu'elle la révisé. Elle fait suite à une proposition de la Commission en mars 2016, qui désirait améliorer la balance entre la libre circulation et la protection des droits des travailleurs détachés. Le but de la nouvelle Directive proposée est donc de moderniser le cadre réglementaire de la Directive 96/71/CE afin de l'adapter aux attentes actuelles des Etats relatives à la protection des travailleurs, ainsi que de compléter les modifications déjà apportées par la Directive d'exécution de 2014¹⁵⁷. La Directive 2018/957/UE est finalement adoptée par le Parlement européen le 29 mai 2018, et laisse un délai de transposition aux États membres de 2 ans, soit jusqu'au 30 juillet 2020, afin d'implémenter les nouvelles règles dans leur législation¹⁵⁸.

La nouvelle Directive commence par introduire un objet à l'art. 1 de la Directive 96/71/CE, qui ne contenait auparavant que son champ d'application. Elle inscrit ainsi le but qu'elle poursuit, qui est la protection des travailleurs lors de détachements transnationaux. Elle précise toutefois à son art. 1§1bis qu'elle ne vise aucunement à restreindre les droits fondamentaux consacrés au niveau de l'Union tels que celui de faire grève.

L'article 3 de la Directive 96/71/CE fait l'objet de plusieurs modifications fondamentales. La mention à l'Annexe I est supprimée : ce qui signifie que les conditions consacrées par des CCT d'application générale s'appliquent désormais à toute profession et non plus uniquement aux métiers de la construction. De plus, la notion de taux de salaire minimal disparaît : elle est remplacée par celle de rémunération. Le concept de rémunération est en effet plus clair que celui de taux de salaire minimal, qui faisait l'objet de débats et d'arrêts de la CJUE depuis plusieurs années quant à savoir quelles composantes il englobait précisément¹⁵⁹. Cette notion est déterminée par les États membres, qui doivent de même publier sur leur site internet officiel national les éléments précis qu'elle englobe. Lors de la consultation préalable des États membres avant l'adoption de la Directive, une partie d'entre eux avait d'ailleurs approuvé la mise en œuvre du principe de rémunération égale pour un travail égal au même endroit, notamment la France, l'Allemagne et la Suède. D'autres Etats s'étaient au contraire montrés plus réservés et avaient demandé à la Commission de renoncer à proposer une telle mesure, comme la Pologne, la Hongrie ou encore la Roumanie. Pour ces derniers, où la rémunération est souvent bien moins élevée que dans le premier groupe d'Etats, une obligation de rémunération égale pouvait potentiellement être préjudiciable pour les entreprises qui profitent de proposer une main-d'œuvre bon marché aux États d'accueil¹⁶⁰. Au vu de la Directive telle

¹⁵⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition pour une Directive du Parlement européen et du Conseil amendant la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs effectué dans le cadre de prestations de services*, COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), Strasbourg 8 mars 2016, pp. 2-3.

¹⁵⁸ Cf. art. 3 Directive 2018/957/UE.

¹⁵⁹ RICHARD, pp. 2-3.

¹⁶⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition pour une Directive du Parlement européen et du Conseil amendant la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 relative au détachement des*

qu'elle a finalement été adoptée, les travailleurs détachés devront donc désormais recevoir un salaire égal à celui des travailleurs internes et non plus uniquement un salaire minimal qui pouvait être notablement inférieur à celui versé aux travailleurs domestiques¹⁶¹.

Pour les détachements de plus de 12 mois, un paragraphe 1bis est rajouté à l'art. 3, qui renforce la protection octroyée aux travailleurs détachés. Les employeurs devront en effet respecter de la même manière toutes les règles et dispositions s'appliquant aux travailleurs nationaux, y compris celles qui ne relèvent pas des domaines énumérés au paragraphe 1. La totalité des règles de l'Etat d'accueil s'appliqueront donc sans plus aucune restriction à tout travailleur détaché pour une durée supérieure à 12 mois, voire 18 mois lorsqu'une demande motivée de prolongation est adressée à l'Etat où le détachement se produit¹⁶².

L'art. 3§7 rappelle toutefois que les conditions les plus avantageuses aux travailleurs détachés doivent leur être appliquées. Peu importe le droit que les parties choisissent comme régissant les relations de travail, ce sont les conditions impératives les plus favorables qui s'appliqueront, qu'elles viennent du pays d'accueil ou du pays d'origine – celui où le travailleur effectue habituellement ses activités. L'employeur doit alors vérifier quelle législation est plus avantageuse pour ses travailleurs et doit, si besoin, continuer à appliquer les conditions de travail et de salaire du pays d'origine durant le détachement¹⁶³.

L'article 5 de la directive est modifié et détaillé puisqu'il prévoit désormais que les Etats membres sont compétents pour édicter des mesures et sanctions en cas de violation des obligations prévues par la Directive. Ces mesures devront être « effectives, proportionnées et dissuasives »¹⁶⁴ ; ce qui laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats.

5.2.3 Dispositions spécifiques à certaines mesures d'accompagnement

Certaines des mesures suisses vont toutefois plus loin que le droit actuel européen, puisqu'elles ont été et restent critiquées par l'Union européenne. Afin de respecter le mandat de négociation suisse et être capable de sauvegarder les mesures d'accompagnement telles qu'en vigueur actuellement en Suisse, l'Accord institutionnel prévoit un régime spécifique et le maintien de quelques mesures jusque lors considérées comme disproportionnées¹⁶⁵. En effet, selon le document explicatif préparé par la Confédération, « l'UE reconnaît que la reprise et la mise en œuvre du droit de l'UE ne permettent pas de couvrir à elles seules l'ensemble des besoins de protection en Suisse. C'est pourquoi, compte tenu des spécificités du marché du travail suisse et des mesures nécessaires au maintien du niveau de protection, l'UE a proposé d'accepter une série d'instruments qui vont au-delà de ceux que prévoit la législation européenne sur le détachement de travailleurs »¹⁶⁶. Contrairement aux autres mesures que la Suisse instaurera et

travailleurs effectué dans le cadre de prestations de services, COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD), Strasbourg 8 mars 2016, p. 5.

¹⁶¹ EPINEY / HEHEMANN, §20.

¹⁶² MÄVERS, p. 466.

¹⁶³ KELLERBAUER, p. 852.

¹⁶⁴ Cf. art. 5§4 Dir. 2018/957/UE.

¹⁶⁵ DIRECTION DES AFFAIRES EUROPÉENNES DAE, Accord institutionnel Suisse – UE : l'essentiel en bref, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Wichtigste-in-Kuerze_fr.pdf » (consulté le 17.04.2019), p. 4.

¹⁶⁶ CONFÉDÉRATION SUISSE, *Accord institutionnel Suisse-UE : document explicatif*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 16.01.2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019), p. 13.

qui devront passer le test de la nécessité et de la proportionnalité au principe de « à travail égal au même endroit, rémunération égale », les mesures explicitement prévues au deuxième point du Protocole à l'Accord seront donc considérées comme justifiées sans qu'un test de compatibilité à la libre circulation des services ne soit nécessaire¹⁶⁷.

5.2.3.1 Le devoir d'annonce

Le devoir d'annonce est sauvegardé mais son délai est réduit à quatre jours ouvrables au lieu des huit qui sont encore aujourd'hui exigés par le droit suisse. Le Protocole prévoit de plus que ce devoir d'annonce préalable ne pourra être appliqué qu'à certaines branches spécifiques qui devront être définies sur la base d'une analyse des risques qui devra régulièrement être étudiée et au besoin modifiée. Outre la durée réduite du délai à 4 jours, l'annonce ne pourra donc plus valoir globalement entre les différentes professions sans qu'aucune distinction ne soit faite.

5.2.3.2 La caution

Comme pour le devoir d'annonce, le Protocole prévoit une possibilité de continuer à demander aux entreprises de déposer une caution préalablement au commencement de leurs prestations, mais uniquement pour les branches qui auront été déterminées après une analyse objective des risques. De même, le droit suisse prévoit actuellement que le dépôt des cautions prévues par des CCT doit se faire indépendamment d'antécédents, y compris pour un employeur désirant offrir ses services en Suisse pour la première fois. L'Accord précise donc que les cautions ne pourront désormais être exigées que des entreprises ayant déjà auparavant violé leurs obligations financières. De plus, la caution devra être proportionnée.

5.2.3.3 Obligation de documentation pour indépendants

Comme analysé précédemment, la Suisse a instauré en 2013 plusieurs dispositions, en particulier les articles 1a et 1b LDet, ayant comme but de contrer les indépendants fictifs, des travailleurs déclarés indépendants afin de contourner les règles et conditions minimales de travail et de rémunération. Le Protocole autorise la Suisse à conserver l'obligation pour les indépendants de fournir des documents sur demande de l'autorité compétente après la fin de la prestation, dans le cadre d'un contrôle à posteriori. Il précise toutefois que seuls trois types de documents pourront être demandés : la confirmation de l'annonce préalable si elle a eu lieu, la preuve du contrat de prestation de service ainsi que la déclaration d'indépendance transmise aux assurances sociales dans l'Etat de domicile.

5.3 Règlement des différends

5.3.1 Système actuel selon l'ALCP

En cas de différend, les parties à l'ALCP peuvent saisir le Comité mixte, comité qui, selon l'art. 14 ALCP, est composé de représentants des deux parties. Celui-ci peut être saisi pour tout problème rencontré dans l'application ou l'interprétation de l'Accord selon l'art. 19 ALCP. Les différents représentants se rencontrent alors et tentent de trouver une solution par consensus et au travers de discussions et négociations¹⁶⁸. Si aucune solution ne peut être trouvée, l'ALCP ne prévoit aucun mécanisme contraignant qui forcerait les Parties à respecter une décision prise par un panel d'arbitres ou un tribunal. Au contraire, la procédure de règlement des différends

¹⁶⁷ EPINEY / HEHEMANN, §38-39.

¹⁶⁸ OESCH, p. 38.

via le comité mixte est une procédure purement diplomatique¹⁶⁹. Aucune mesure spécifique n'est donc prévue pour le cas où un désaccord perdurerait entre les parties malgré les différentes rencontres et échanges au sein du comité mixte. Pour le cas de l'annonce préalable de l'art. 6 LDet et son délai de huit jours par exemple, le comité mixte s'est déjà réuni plus d'une dizaine de fois sans qu'aucune solution n'ait été trouvée¹⁷⁰. Avec le système actuel prévu par l'ALCP, si un désaccord grave venait à durer et devenir intenable pour l'une des parties, celle-ci aurait alors comme unique option la dénonciation de l'Accord prévue par l'art. 25§3. Cela entraînerait alors automatiquement l'application de la clause guillotine de l'art. 25§4, soit la cessation de l'application non seulement de l'ALCP, mais aussi des six autres accords listés à l'art. 25§1.

5.3.2 Système futur en cas d'entrée en vigueur de l'Accord-cadre

L'article 10 de l'Accord institutionnel prévoit une procédure beaucoup plus contraignante en cas de problème d'interprétation ou d'application des différents accords bilatéraux par les parties. Premièrement, celles-ci devront tenter de trouver une solution diplomatique au sein des différents comités sectoriels pertinents, comme c'est actuellement déjà le cas. Si cela ne fonctionne pas, ces derniers auront un délai de trois mois pour tenter de trouver une solution acceptable. Dans le cas où il échouerait à résoudre le conflit, une partie pourra alors décider, conformément à l'art. 10§2 de l'Accord, de saisir un tribunal arbitral dont la décision finale les liera. Les informations concernant le tribunal arbitral ainsi que la procédure exacte de sa saisine sont détaillées dans le Protocole 3 à l'Accord. Celui-ci prévoit notamment que le tribunal sera composé de trois arbitres, voire cinq à la demande d'une partie, et que chacune des parties désignera l'un d'eux. Le dernier arbitre sera quant à lui nommé par les arbitres déjà choisis par les Etats et exercera la fonction d'arbitre président¹⁷¹. Dans le cas où les arbitres n'arriveraient pas à s'entendre sur le choix de l'arbitre président, l'art. II.2§4 du Protocole prévoit que ce sera au Secrétariat général de la Cour permanente d'arbitrage de le nommer. Les décisions du tribunal seront prises par consensus, voire, si cela ne fonctionne pas, à la majorité des arbitres, et lieront les Etats¹⁷².

L'art. 10§3 instaure une particularité importante à la procédure puisqu'il prévoit qu'en cas de difficulté d'interprétation de notions de droit européen qui doivent, selon l'art. 4 de l'Accord être interprétés conformément à la jurisprudence de la CJUE y relative, le tribunal arbitral saisira la CJUE et lui demandera son avis. L'une des parties pourra elle-aussi demander au tribunal arbitral de saisir la CJUE si elle l'estime nécessaire, demande que le tribunal pourra accepter ou rejeter de manière motivée. Dans le cas où la CJUE est saisie, son verdict sera contraignant et le tribunal arbitral devra s'y conformer.

Si l'une des parties ne respecte pas le jugement rendu par le tribunal arbitral, l'autre partie pourra, selon l'art. 10§6 de l'Accord, prendre toute mesure de compensation proportionnelle qu'elle juge nécessaire en attendant que le jugement soit respecté, y compris suspendre l'un ou certains des accords tombant dans le champ d'application de l'Accord institutionnel partiellement ou totalement¹⁷³. Le cas d'un différend qui perdure pendant des années comme

¹⁶⁹ KADDOUS / GRISEL, p. 863.

¹⁷⁰ TOBLER, §65.

¹⁷¹ Cf. art. II.2 Prot. 3 à l'Accord institutionnel.

¹⁷² Cf. art. IV.2 Prot. 3 à l'Accord institutionnel.

¹⁷³ CONFÉDÉRATION SUISSE, *Accord institutionnel Suisse-UE : document explicatif*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 16.01.2019, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_fr.pdf » (consulté le 30.04.2019), p. 9.

celui portant sur la proportionnalité des mesures d'accompagnements ne pourra ainsi plus se produire et sera tranché par le tribunal arbitral. La CJUE pourra alors interpréter l'admissibilité de restrictions sous l'angle du droit européen, notamment sous celui des Directives européennes que la Suisse aura reprises. Cette interprétation pourra alors ensuite avoir des conséquences sur le droit suisse.

5.4 Conséquences globales sur les mesures d'accompagnement

Dans le cas d'une adoption de l'Accord institutionnel sous sa forme actuelle, il sera désormais expressément prévu que toute modification future des mesures d'accompagnement devra se faire conformément à la législation européenne pertinente et à la jurisprudence de la CJUE y relative. De même, chaque développement que connaîtra le domaine au niveau européen – soit chaque adaptation des Directives 96/71/CE, 2014/67/UE ou encore 2018/957/UE – devra être repris via l'ALCP par le système suisse, ce qui n'était pas le cas jusque lors puisque l'accord ne faisait mention explicite que de la Directive 96/71/CE¹⁷⁴. En cas de doute quant à la conformité de potentielles nouvelles mesures, l'Union européenne ou la Suisse pourra alors enclencher une procédure contraignante de règlement des différends qui permettra d'obtenir une décision judiciaire que l'autre partie sera obligée de respecter. La CJUE jouera là aussi un rôle puisqu'elle pourra donner son avis qui liera le tribunal arbitral.

L'Accord ne règle toutefois pas entièrement la problématique du maintien ou non du régime actuellement en vigueur en Suisse. Naturellement, les mesures spécifiquement citées par le Protocole 1 ne pourront être sauvegardées qu'aussi longtemps qu'elle correspondent aux modalités prévues à l'art. 2 du Protocole. Comme analysé précédemment, l'annonce ne pourra par exemple plus être appliquée que sur la base d'une analyse des risques concernant certaines branches professionnelles spécifiques et son délai préalable ne pourra dépasser 4 jours¹⁷⁵.

Si l'Accord en sa forme actuelle venait à entrer en vigueur, la Suisse ne devrait donc modifier que les mesures explicitement listées par le Protocole 1. *Quid* alors des autres mesures qui pourraient s'avérer problématique du point de vue européen sans cependant figurer parmi les trois mesures faisant l'objet d'un compromis ? L'Accord restant silencieux à ce sujet, un conflit pourrait renaître, par exemple concernant le cumul de sanctions ou encore l'étendue des contrôles exigés par la législation suisse. Comme nous l'avons précédemment analysé, ces mesures ne violent en soi pas l'ALCP mais pourraient, selon leur application en pratique, être considérées comme disproportionnées. La procédure de règlement des différends viendrait alors à s'appliquer ce qui conduirait probablement, en sa forme proposée par l'Accord institutionnel actuel, à un jugement de la CJUE, dont le contenu dépendrait de l'interprétation qu'elle ferait du système suisse par rapport à l'ALCP.

Les réformes qu'apporte l'Accord institutionnel dans le domaine des mesures d'accompagnement sont donc bien existantes, mais tout de même à relativiser. La crainte que celui-ci laisse désormais le champ libre à la sous-enchère salariale et entraîne la suppression de tous les « garde-fous » instaurés par la Suisse ne se justifie pas, puisqu'il ne touche pas – à trois exceptions près – au régime actuel, qui devrait, selon nous, pouvoir être conservé tel quel tout en restant conforme à l'ALCP.

De plus, les deux récentes Directives européennes traitant du sujet des mesures d'accompagnement et qui devraient être reprises par la Suisse en cas d'entrée en vigueur de l'Accord institutionnel tendent elles aussi à autoriser une protection accrue des marchés

¹⁷⁴ ZURKINDEN / LAUTERBURG, p. 27.

¹⁷⁵ Cf. art. 2 Prot. 1 à l'Accord institutionnel.

nationaux du travail. L'Europe se tourne donc elle aussi vers un système plus protecteur et admet un renforcement des règles destinées à garantir une égalité salariale entre travailleurs détachés et travailleurs nationaux. Les risques de voir le système suisse être jugé, au niveau juridique, comme disproportionné, s'amoindrissent donc.

6 Futur de l'accord

6.1 Procédure de consultation

Le 7 décembre 2018, le Conseil fédéral a pris connaissance du résultat des négociations et de l'Accord institutionnel qui en résulte. Dans un communiqué, il annonce ouvrir une procédure de consultation qui lui permettra de se positionner de manière plus précise vis-à-vis de l'Union européenne. En effet, il considère pour le moment que le texte qui lui est soumis n'est pas suffisamment clair sur certains points pour qu'il puisse le parapher immédiatement. Il explique en particulier que le résultat concernant les mesures d'accompagnement « ne correspond pas au résultat souhaité » et que certains aspects nécessitent d'être précisés¹⁷⁶. Dans un communiqué de presse de la Direction des affaires européennes datant de janvier 2019, il est précisé que les milieux qui seront consultés par le biais de rencontres et discussions jusqu'en printemps 2019 seront notamment les commissions parlementaires de politique extérieure et celles de l'économie et des redevances, la Conférence des gouvernements cantonaux, les partis politiques, les partenaires sociaux ainsi que différents représentants de l'économie et du monde scientifique¹⁷⁷.

Ces différents acteurs ont donc eu l'occasion de prendre position durant les premiers mois de 2019, et le résultat global est exactement le même que ce soit du côté des partenaires sociaux et des partis de gauche que de celui des milieux économiques et des partis de droite. Tous s'accordent en effet à reconnaître la nécessité de la conclusion d'un Accord-cadre, mais tous remettent en question le régime consacré par celui-ci. Les milieux concernés considèrent en effet que les conséquences sur les mesures d'accompagnement et leur avenir restent incertaines et que le Conseil fédéral doit donc obtenir des garanties plus explicites de la possibilité pour le système actuel de perdurer tel qu'il existe aujourd'hui. Ils exigent donc une confirmation officielle selon laquelle le niveau de protection actuel pourra rester identique et demandent à ce que la CJUE ait le moins de pouvoir possible sur l'interprétation de sa compatibilité vis-à-vis du droit bilatéral et européen¹⁷⁸.

6.2 Suite de la procédure

A la lumière de l'analyse faite au fil de ce travail du système actuel suisse et de sa conformité au système européen, les différents milieux concernés se posent des questions auxquelles il pourrait juridiquement être répondu de manière assez claire. Le sujet des mesures d'accompagnement étant toutefois une thématique hautement politisée de par son caractère

¹⁷⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Politique européenne – Le Conseil fédéral décide de lancer des consultations sur le texte de l'accord institutionnel*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-73292.html> » (consulté le 17.04.2019).

¹⁷⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Politique européenne : modalités des consultations sur le projet d'accord institutionnel*, in : Confédération suisse (admin.ch), Berne 2019, p. « <https://www.eda.admin.ch/dea/fr/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/dea/fr/meta/news/2019/1/16/73677> » (consulté le 17.04.2019).

¹⁷⁸ Pour une idée plus précise des différentes prises de position, une liste de celles-ci figure dans la bibliographie sous la rubrique « *Procédure de consultation* ».

éminemment sensible pour les travailleurs suisses, les différents milieux ont donc préféré ne pas se positionner trop formellement en faveur de la conclusion de l'Accord-cadre et ont préféré rendre au Conseil fédéral la responsabilité de prouver la conformité du régime actuel ainsi que celle de promettre sa continuité.

Les Commissions de l'économie et des redevances du Conseil national et du Conseil des Etats ayant déposé une motion afin de charger le Conseil fédéral de renégocier l'accord ou de trouver un autre moyen pour perfectionner celui-ci, ce dernier devra – dans le cas où celles-ci venaient à être adoptées – prendre des mesures afin de détailler la portée exacte de certaines dispositions contenues dans l'accord¹⁷⁹. Si celles-ci sont rejetées, il faudra dans tous les cas qu'il puisse éclaircir certains des points ayant suscité des interrogations lors de la consultation s'il veut que l'Accord puisse être accepté par le Parlement. Dans les semaines et mois qui vont venir, l'accord risque donc bien de voir certains de ses points officiellement clarifiés¹⁸⁰. La continuation d'une protection équivalente des salaires et des conditions de travail devra alors pouvoir être garantie si le gouvernement veut avoir une chance de passer l'écueil du Parlement voire de la votation populaire en cas de référendum¹⁸¹.

Du côté de l'Union européenne, et plus particulièrement de la Commission, cet accord représente la meilleure solution qu'elle puisse atteindre et elle se considère comme ayant été assez souple dans sa rédaction, notamment en autorisant une solution favorable vis-à-vis des exigences la Suisse dans le domaine des mesures d'accompagnement¹⁸². Il est donc peu probable qu'elle accepte de rouvrir des négociations et de modifier l'accord en faveur de la Suisse. Le Conseil fédéral devra dès lors trouver un moyen différent afin d'apporter les réponses que les milieux intéressés attendent avant d'apporter leur entier soutien au texte qui leur est présenté.

7 Conclusion

Actuellement, l'Accord institutionnel est loin de remporter une majorité politique et a donc peu de chances d'être accepté dans sa forme actuelle. Bien qu'il n'entraîne pas de conséquences juridiques négatives sur le système global des mesures d'accompagnement – comme nous avons pu le constater au fil des pages de ce travail –, la portée des trois seules mesures expressément conservées par le Protocole 1 à l'Accord est notablement réduite, ce qui inquiète les différents acteurs politiques, économiques et sociaux suisses et risque de saborder la suite de la procédure.

En effet, les mesures d'accompagnement sont pour la quasi-totalité déjà compatibles avec le droit européen. Comme nous l'avons analysé, le délai de huit jours préalable au commencement de la prestation pose certainement un problème de proportionnalité au regard de la jurisprudence européenne, mais les autres mesures semblent pouvoir trouver justification dans le système européen – à condition que leur application en pratique soit considérée comme

¹⁷⁹ Motion 19.3416, *Négociations complémentaires au sujet de l'accord institutionnel avec l'UE*, déposée par la Commission de l'économie et des redevances CE au Conseil des Etats, 09.04.2019. Motion 19.3420, *Négociations complémentaires au sujet de l'accord institutionnel avec l'UE*, déposée par la Commission de l'économie et des redevances CN au Conseil national, 16.04.2019.

¹⁸⁰ AMBÜHL / SCHERER, §17.

¹⁸¹ *Ibidem*, § 24.

¹⁸² COMMISSION EUROPÉENNE, *Réaction de la Commission européenne aux annonces du Conseil fédéral suisse*, STATEMENT 18/6738, Bruxelles 7 décembre 2018.

proportionnée. A ceci s'ajoute que le droit européen se dirige aussi depuis quelques années vers un assouplissement de l'analyse de compatibilité et un renforcement de la protection octroyée aux travailleurs ; la Directive 2018/957 en est un exemple puisqu'elle consacre enfin le principe de rémunération égale pour travail égal au même endroit.

A notre avis, la problématique des mesures d'accompagnement, sujet sensible de par l'importance qu'elle représente pour les différents acteurs du marché du travail suisse, se fonde donc surtout dans une problématique plus large : la peur d'une perte de l'autonomie sauvegardée par la Suisse au fil de ces années. La perspective de devoir obéir à terme à la jurisprudence de la CJUE, vue comme imprévisible et généralement défavorable à la Suisse, effraie les différents acteurs et bloque un processus qui ne représente cependant pas de risque juridique particulier. Ce ne sont ainsi pas les composantes légales qui sont au cœur des différentes prises de position, puisqu'il suffirait de lire attentivement l'Accord et la jurisprudence de la CJUE afin de se rendre compte que le système actuel est déjà conforme au droit bilatéral et européen, mais bien des considérations purement politiques. Au final, les mesures d'accompagnement représentent un exemple de plus de la tension entre la nécessité d'approfondir l'intégration helvético-européenne et la retenue dont la Suisse fait preuve depuis le début dès qu'il s'agit de soumettre certains domaines au droit et aux organes européens.