



CH-3003 Berne, SECO, PAAM

A l'intention des

- commissions tripartites cantonales
- autorités cantonales d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés
- commissions paritaires centrales des CCT déclarées de force obligatoire
- autorités cantonales du marché du travail

Référence : 2013-03-27/94

Collaborateur/trice : PAAM

Berne, 12 décembre 2013

Directive

«Procédure de comparaison internationale des salaires»

Madame, Monsieur,

La loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés; LDét)¹ oblige les employeurs à garantir les conditions de travail et de salaire prescrites impérativement en Suisse. La dernière modification de la directive sur la procédure à suivre pour comparer le salaire du travailleur détaché avec celui du travailleur indigène a été apporté le 12 décembre 2012. Dans le cadre des travaux d'amélioration de l'exécution des mesures d'accompagnement, l'adaptation de la présente directive vise principalement, d'entente avec les partenaires sociaux et les cantons, une application plus uniforme de la directive.

¹ RS 823.20 (Lien : http://www.admin.ch/ch/f/rs/c823_20.html)

Table des matières

1. Champ d'application	3
1.1 Application matérielle	3
1.1.1 Domaines de contrôle	3
1.1.2 Détachements soumis à l'obligation d'autorisation.....	3
1.2 Début de la mission.....	4
2. Bases légales de la comparaison des salaires	4
3. Procédure de la comparaison des salaires et éléments constitutifs du salaire déterminant	5
3.1 Salaire de base	5
3.2 Augmentations obligatoires	5
3.3 Indemnités de détachement selon l'art. 2, al. 3, de la loi sur les travailleurs détachés ..	5
3.3.1 Frais	6
3.3.2 Allocations de détachement.....	6
3.3.3 Procédure en cas de soupçon de contournement de l'obligation de payer des cotisations dans le pays d'origine.....	7
3.4 Prestations de l'employeur contribuant à la formation d'un capital pour les salariés selon la "Vermögensbildungsgesetz" allemande (loi sur la constitution du patrimoine) .	7
3.5 Salaire des vacances	8
3.6 Indemnité pour jours fériés	9
3.7 13 ^{ème} et 14 ^{ème} salaire	9
3.8 Suppléments obligatoires pour heures supplémentaires, travail à la tâche, en équipe, de nuit, du dimanche et des jours fériés	10
3.9 Pécule de vacances / gratification de Noël	10
3.10 Cotisations aux assurances sociales	11
3.11 Change.....	11
4 Comparaison des salaires en cas de constat d'indépendance fictive	11
4.1 Etablissement du salaire déterminant.....	11
4.2 Aspects de droit de procédure.....	13
5 Entrée en vigueur	14

1. Champ d'application

1.1 Application matérielle

1.1.1 Domaines de contrôle

Dans le cadre suivant, la directive sur la comparaison des salaires est applicable aux contrôles des commissions paritaires sur les salaires minimaux dans les branches où il existe une convention collective de travail (CCT) étendue (art. 7 loi sur les travailleurs détachés), ainsi qu'aux activités des commissions tripartites :

- observations du marché du travail dans les branches sans CCT étendue (art. 360b, al. 3, CO en relation avec art. 11, al. 1, let. c, Odét);
- contrôles du respect des salaires minimaux prévus par les contrats-type de travail selon l'article 360a, al. 1, CO (art. 7, al. 1, let. b, Ldét).

La directive se base sur l'art. 14 Ldét et lie les organes de contrôle selon l'art. 7 Ldét. Elle lie aussi les autorités cantonales dans les procédures de sanction en cas d'infractions aux conditions minimales de travail et de salaire (art. 9 Ldét).

1.1.2 Détachements soumis à l'obligation d'autorisation

Dans le cadre des prestations de services transfrontalières, les conditions minimales de travail et de salaire prévues dans la loi sur les travailleurs détachés sont applicables à tous les détachements ; certaines prestations de services sont toutefois soumises aux conditions d'admission et à l'obligation d'autorisation selon les dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 2005² sur les étrangers (LEtr) et de l'ordonnance du 24 octobre 2007³ sur l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative (OASA) :

- fournisseurs de prestations de services en provenance des Etats de l'UE/AELE lors de séjours temporaires de plus de 90 jours ouvrables par année civile ayant pour but la fourniture d'une prestation de services ;
- fournisseurs de prestations de services en provenance d'Etats tiers.

Les fournisseurs de prestations de services en provenance de Roumanie et de Bulgarie dans les branches du secteur principal de la construction et du second œuvre, de l'horticulture, de la surveillance et de la sécurité ou du nettoyage industriel sont soumis à l'obligation d'autorisation dès le premier jour et aussi pour des séjours jusqu'à 90 jours ouvrables par année civile (art. 14 de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes⁴). Cette réglementation est valable durant la période transitoire, jusqu'en 2016 au plus tard.

Dans le cadre de la procédure d'autorisation, les autorités cantonales du marché du travail contrôlent dans ces cas le respect des conditions de travail et de salaire usuelles à la branche et à la localité selon l'art. 22 LEtr en relation avec l'art. 22 OASA.

² RS 142.20

³ RS 142.201

⁴ Ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange; RS 142.203.

1.2 Début de la mission

La comparaison des salaires impose de définir le lieu et le moment du début de la mission. En général, les prescriptions légales nationales de droit privé et public s'appliquent uniquement à l'intérieur des frontières de l'Etat concerné (principe de territorialité). Ce principe vaut également pour la loi sur les travailleurs détachés et par conséquent pour la comparaison internationale des salaires. Les dispositions déterminantes pour la comparaison des salaires, inscrites dans les lois fédérales, les conventions collectives de travail étendues et les contrats-types de travail, ne sont applicables qu'à des états de faits situés en Suisse. Cela signifie concrètement que, pour la comparaison des salaires, la mission débute au plus tôt au moment où le travailleur détaché atteint la localité frontalière suisse.

2. Bases légales de la comparaison des salaires

L'accord sur la libre circulation des personnes fait à l'art. 22, al. 2, annexe I, référence à la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. Cette directive sur le détachement oblige l'Etat hôte à veiller à ce que les entreprises de détachement garantissent aux travailleurs détachés les conditions minimales de travail et d'occupation de l'Etat hôte (art. 3 Dir). Les travailleurs détachés doivent recevoir les mêmes salaires minimaux obligatoires que les travailleurs du pays.

La directive sur le détachement de travailleurs a été transposée dans la loi fédérale du 8 octobre 1999⁵ sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Ldét).

Les articles suivants de la loi sur les travailleurs détachés et de l'ordonnance du 21 mai 1999⁶ sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét) doivent être considérés comme des bases légales impératives:

- art. 2 de la loi sur les travailleurs détachés, en particulier l'al. 3;
- art. 1 de l'ordonnance sur les travailleurs détachés.

Il convient en outre de prendre en compte la circulaire commune du SECO et de l'ODM du 29 juin 2007 concernant les conditions salariales déterminantes pour les travailleurs en provenance des Etats de l'UE-25/l'AELE détachés pour une période au-delà de 90 jours ainsi que pour les travailleurs détachés en provenance d'Etats-tiers (art. 9 OLE / ultérieurement art. 22 LEtr).

⁵ RS 823.20

⁶ RS 823.201 (Lien : http://www.admin.ch/ch/f/rs/c823_201.html)

3. Procédure de la comparaison des salaires et éléments constitutifs du salaire déterminant

La comparaison doit s'effectuer sur la base d'une confrontation du salaire effectivement payé (chiffres effectifs) avec le salaire dû en Suisse (valeurs requises). Un tableau de calcul est à disposition en annexe.

3.1 Salaire de base

Selon l'art. 1, let. a, Odét, le salaire minimal se rapporte au temps de travail usuel et aux qualifications obtenues. Comme des différences en matière de durée du travail doivent être prises en compte au plan national, la comparaison des salaires doit être entreprise sur la base du **salaire horaire brut**. Le salaire brut est à déduire du décompte de salaire ou du contrat de travail.

S'il n'y figure que le salaire mensuel brut, ce dernier doit être divisé par le nombre d'heures mensuelles de travail convenu dans le contrat. Si ce nombre n'est pas connu, il faut se référer au nombre d'heures de travail selon la CCT étendue applicable ou à la durée du travail mensuelle usuelle. L'exemple suivant se base sur 52 semaines par an et 21,75 jours ouvrables par mois.

Exemple : semaine de 42 heures / salaire mensuel de CHF 4000.-

$$52 \times 42 = 2184 \text{ heures annuelles}$$

$$\frac{2184}{12} = 182 \text{ heures par mois}$$

$$\frac{4000}{182} = 21.98 \Rightarrow \text{salaire horaire}$$

Du côté des valeurs requises, le salaire minimal de la CCT étendue en vigueur au moment de la mission, ou le salaire usuel de la branche, de la localité ou de la profession fait foi comme salaire de base déterminant. Le contrat de travail, la formation professionnelle achevée, l'âge ainsi que l'activité exercée indiquée dans le rapport de contrôle donnent des points de repères pour la classification dans la catégorie de salaire correcte.

3.2 Augmentations obligatoires

Pour autant qu'elles soient déclarées de force obligatoire, les augmentations périodiques doivent être calculées en sus des salaires minimaux et effectifs fixés dans les CCT étendues. Elles doivent être prises en compte uniquement lors de missions qui ont débuté avant leur entrée en vigueur. En particulier lors de missions relativement longues, il est possible que les salaires minimaux soient adaptés. Dans ces cas, une comparaison des salaires doit être établie pour chaque augmentation périodique. Lors de missions qui se réalisent seulement après leur entrée en vigueur, l'augmentation est déjà incluse dans le salaire minimum et n'a pas à être prise en compte en sus.

3.3 Indemnités de détachement selon l'art. 2, al. 3, de la loi sur les travailleurs détachés

Selon l'art. 2, al. 3, de la Ldét, les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire dans la mesure où elles ne sont pas versées pour des dépenses directement liées au détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture. Les indemnités de détachement peuvent inclure d'une part les paiements de l'employeur qui servent à couvrir les dépenses effectives (*frais*) pour la mission en Suisse, mais d'autre part aussi les paiements qui compensent la différence de salaire entre la Suisse et le pays d'origine et qui ont donc le caractère d'*allocations de détachement*.

3.3.1 Frais

Comme l'indemnité pour frais ne doit pas être ajoutée au salaire brut, il faut procéder pour la comparaison des salaires à une délimitation entre les deux genres de compensation mentionnés. Ce sont principalement les dépenses *effectives* pour le voyage, les nuitées et les repas qui sont déterminantes pour cette délimitation. S'il n'est pas possible de déterminer les dépenses effectives, il faut se référer à des montants forfaitaires. Dans les branches couvertes par des CCT étendues, les forfaits fixés par la CCT sont applicables. Si une CCT étendue ne prévoit pas de forfaits ou qu'il n'existe pas de CCT étendue dans la branche, on se référera aux montants ci-dessous. Comme des différences de frais au plan régional doivent être envisagées, il faut comprendre les exemples suivants comme des ordres de grandeur. Ces montants forfaitaires sont exprimés en CHF, car l'€ n'est pas la monnaie de tous les Etats de l'UE.

Nuitée petit-déjeuner compris	CHF 150.-
Nuitée sans petit-déjeuner	CHF 135.-
Petit déjeuner	CHF 15.-
Repas de midi ou repas du soir	CHF 20.-

Si au cours de la période de détachement, l'employeur n'est pas en mesure de prouver le remboursement ou la prise en charge de frais justifiés pour le trajet, la nourriture et le logement, ils sont déduits du salaire de base conformément à l'art. 2, al. 3, de la Ldét. Si la preuve du remboursement ou de la prise en charge de frais justifiés n'a pu être apportée que pour une partie des frais, la somme manquante est déduite du salaire de base.

L'obligation de prendre en charge ou de rembourser des frais justifiés liés au détachement, vaut indépendamment du lieu (Suisse / Étranger), où ces dépenses sont générées, durant la mission (début et fin de la mission sont déterminés par l'annonce).

La différence entre l'indemnité de détachement selon l'art. 2, al. 3, Ldét et le total des frais ou le total des forfaits de frais doit être ajoutée comme allocation de détachement (paragraphe 3.3.2) au salaire de base (chiffres effectifs), c'est-à-dire qu'elle doit être divisée par les heures de travail effectuées en Suisse (y compris le temps du trajet depuis la frontière) et ajoutée au salaire horaire. Pour préciser la directive du 20 février 2007, il convient d'ajouter que, dans ce contexte, le prélèvement de cotisations sociales n'est pas déterminant. Le prélèvement obligatoire ou non de cotisations sociales sur les indemnités de détachement n'est pas décisif pour leur prise en compte comme éléments constitutifs de salaire; ce qui est déterminant, c'est le fait qu'elles dépassent les dépenses effectives.

3.3.2 Allocations de détachement

Comme cela a été dit plus haut, les allocations qui servent à la compensation de la différence de salaire entre la Suisse et le pays d'origine sont considérées comme éléments constitutifs du salaire. Elles constituent une rémunération du travail au regard du droit des assurances sociales – qu'elles soient ou non soumises à cotisation en vertu du droit des assurances sociales applicable – et sont d'ordinaire indiquées séparément sur le décompte de salaire. Si elles ne sont pas déjà payées par heure de travail exécutée en Suisse, elles doivent être converties en rémunération horaire et ajoutées au salaire de base (chiffres effectifs).

3.3.3 Procédure en cas de soupçon de contournement de l'obligation de payer des cotisations dans le pays d'origine

Les pays voisins de la Suisse (Italie, France, Allemagne, Autriche) connaissent des systèmes de cotisation comparables au système suisse, à savoir que les allocations ayant le caractère de salaire, qui servent à compenser la différence de salaire, sont soumises en général aux impôts et aux cotisations sociales, tandis que les indemnités versées pour le voyage, les nuitées et les repas en sont exonérées dans certaines limites. Chaque pays réglemente individuellement l'obligation de payer des cotisations sur les allocations et les indemnités de détachement et définit les limites d'exonération. D'une manière générale, on peut partir du principe que les entreprises étrangères qui détachent des travailleurs pour des missions en Suisse s'acquittent de l'obligation de payer des cotisations sur les composantes du salaire, car les indemnités de détachement ne sont aussi exonérées que dans certaines limites. Si un contrôle des salaires laisse soupçonner qu'aucune cotisation n'a été, à tort, prélevée sur certains versements et qu'on essaye de contourner l'obligation de payer des cotisations, les organes de contrôle peuvent exiger de l'employeur la preuve qu'il a payé les cotisations sociales en bonne et due forme respectivement qu'il a effectué les déductions sur tous les versements soumis à cotisation. L'art. 8 de l'Odét prévoit que les organes de contrôle peuvent exiger de l'employeur qu'il prouve qu'il a effectivement versé des contributions sociales s'il n'a pas respecté ses obligations issues de la Ldét ou si des éléments amènent l'autorité à douter lors d'un contrôle que l'employeur ait respecté la Ldét. Ces éléments peuvent être par exemple un salaire de base extrêmement bas compte tenu des niveaux de salaire dans le pays d'origine, des indemnités de détachement extrêmement élevées et l'absence de paiement de cotisation sur ces dernières.

En cas de soupçon, le bureau de liaison⁷ du pays d'origine peut fournir des informations quant au bien-fondé (légalité) des impôts et prélèvements aux assurances sociales figurant sur le décompte de salaire. Les bureaux de liaison font office de points de contact pour les autorités, pour les entreprises détachant des travailleurs, ainsi que pour les travailleurs détachés des autres États membres dans le cadre de la directive 96/71/CE. Les organes de contrôles peuvent directement s'adresser aux bureaux de liaison, une liste d'adresses est disponible sur le site internet de la commission européenne (voir note de bas de page 7). Pour la Suisse, le SECO (Direction du travail, Surveillance du marché du travail) fait office de bureau de liaison.⁸

3.4 Prestations de l'employeur contribuant à la formation d'un capital pour les salariés selon la "Vermögensbildungsgesetz" allemande (loi sur la constitution du patrimoine)

Selon la "Vermögensbildungsgesetz" allemande⁹, les travailleurs allemands ont le droit de faire placer des parts de leur salaire par leur employeur pour la formation d'un capital. Le placement peut s'effectuer sous la forme d'une épargne immobilière ou dans d'autres formes de placement. Les prestations contribuant à la formation d'un capital sont financées par le travailleur et/ou par l'employeur. L'obligation de l'employeur de payer des prestations complémentaires à des fins de constitution d'un patrimoine naît d'accords collectifs ou individuels.

Le paiement de ces prestations n'est pas exécuté directement en mains du travailleur mais sur un compte de placement désigné par ce dernier. Sur la base d'un contrat de placement, les avoirs sont bloqués durant au moins sept ans avant que le travailleur ne puisse en disposer librement.

⁷ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=726&langId=fr>

⁸ info.paam@seco.admin.ch

⁹ Cinquième loi visant à favoriser la constitution d'un patrimoine par les travailleurs
http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vermbg_2/gesamt.pdf

Les prestations versées à des fins de constitution de patrimoine font partie des revenus imposables d'une activité dépendante et représentent le revenu d'un travail du point de vue des assurances sociales. Un droit aux prestations versées à des fins de constitution de patrimoine naît au plus tôt après une appartenance à l'entreprise d'une durée ininterrompue de six mois.

Sur la base de cette situation de départ, les prestations versées par l'employeur à des fins de constitution d'un patrimoine et certifiées comme telles doivent être considérées comme faisant partie intégrante du salaire. Elles doivent être prises en compte dans la comparaison des salaires.

La conversion d'une prestation mensuelle en un montant horaire s'effectue de manière analogue à la conversion du salaire mensuel brut en salaire horaire brut (cf. paragraphe 3.1)

3.5 Salaire des vacances

Du côté des chiffres effectifs, il faut prendre en considération les jours de vacances effectivement accordés, du côté des valeurs requises, les jours de vacances usuels ou prescrits par une CCT étendue. La durée minimale légale des vacances se monte à quatre semaines par an, pour les travailleurs jusqu'à l'âge de 20 ans révolus cinq semaines (art. 329a CO). L'indemnité de vacances doit être comptée dans le salaire de base en sus des prestations versées à des fins de constitution de patrimoine.

Les pourcentages¹⁰ du tableau suivant doivent être comptabilisés pour les jours fériés et les vacances (paragraphe 3.5).

1 jour = 0.39%	11 jours = 4.42%	21 jours = 8.79%	31 jours = 13.54%
2 jours = 0.78%	12 jours = 4.84%	22 jours = 9.24%	32 jours = 14.04%
3 jours = 1.17%	13 jours = 5.26%	23 jours = 9.70%	33 jours = 14.54%
4 jours = 1.56%	14 jours = 5.69%	24 jours = 10.17%	34 jours = 15.04%
5 jours = 1.96%	15 jours = 6.12%	25 jours = 10.64%	35 jours = 15.56%
6 jours = 2.36%	16 jours = 6.56%	26 jours = 11.11%	36 jours = 16.07%
7 jours = 2.77%	17 jours = 7.00%	27 jours = 11.59%	37 jours = 16.59%
8 jours = 3.17%	18 jours = 7.44%	28 jours = 12.07%	38 jours = 17.12%
9 jours = 3.59%	19 jours = 7.88%	29 jours = 12.55%	39 jours = 17.65%
10 jours = 4.00 %	20 jours = 8.33 %	30 jours = 13.04%	40 jours = 18.18%

Exemple : un travailleur détaché dispose de 30 jours de vacances par an dans son pays d'origine. Un employé suisse de la même branche a droit à 20 jours de vacances par an. Afin

¹⁰Une année compte 365 jours. Le 365e jour est traité comme s'il s'agissait d'un samedi ou d'un dimanche. L'année est égale à 52 semaines. Le montant de 260 jours ouvrables par an résulte de la déduction des 104 jours chômés.

Exemple : Lorsque quelqu'un a droit à quatre semaines de vacances (donc 20 jours ouvrables), le droit aux vacances rapporté à la durée du travail se monte à $\frac{20}{260-20} = 8.33\%$.

Les pourcentages indiqués dans ce tableau correspondent à ceux de l'aide-mémoire Droit des travailleurs aux vacances de l'Office fédéral de l'industrie, de l'artisanat et du travail du 10 mai 1988 (qu'on peut commander sous ce [lien](#)).

de comparer les salaires horaires des deux personnes, il faut ajouter au salaire de base suisse un pourcentage du salaire de base équivalant à 0,0833. Pour le calcul du salaire du côté des chiffres effectifs, il faut ajouter au salaire de base une part de 0,1304 (13,04 %), en sus des prestations versées à des fins de constitution de patrimoine.

Les employeurs allemands et autrichiens de la construction doivent verser à une caisse de vacances un **pécule de vacances** en faveur de leurs travailleurs. Ce pécule correspond au salaire des vacances obligatoire en Suisse selon l'article 329d CO. Comme le salaire des vacances est déjà compté du côté des chiffres effectifs d'après la méthode de calcul précitée, y ajouter le pécule de vacances reviendrait à une double imputation. C'est pourquoi il ne faut en principe pas l'inclure. Si toutefois le pécule de vacances est plus élevé que le salaire des vacances, le montant de la différence doit alors être ajouté du côté des chiffres effectifs.

Si une CCT étendue prévoit une obligation de cotisation à une caisse de compensation des vacances, l'employeur doit être libéré du paiement des cotisations lorsqu'il peut prouver la bonification du pécule de vacances (art. 2, al. 2, Ldét.).

3.6 Indemnité pour jours fériés

A l'exception du 1^{er} Août, les jours fériés désignés par les cantons ne tombent pas sous le coup de l'obligation de payer le salaire. Cette dernière peut toutefois être réglée par CCT, CTT ou par contrat individuel de travail. C'est pourquoi les indemnités pour jours fériés doivent aussi être prises en compte lors de la comparaison internationale des salaires. Le droit aux jours fériés doit alors être considéré sur toute l'année civile et non seulement pendant la mission et indépendamment du jour de la semaine sur lequel le jour férié tombe. Ainsi, la différence entre les jours fériés accordés en Suisse et dans l'Etat d'origine est respectée. De même que le droit aux vacances, du côté des chiffres effectifs, il faut prendre en considération les jours fériés effectivement accordés, du côté des valeurs requises les jours fériés prescrits par une CCT étendue ou accordés usuellement. L'indemnité pour jours fériés doit être ajoutée au salaire de base en sus des prestations versées à des fins de constitution de patrimoine.

Les jours fériés en vigueur dans les Etats européens et leurs régions peuvent être téléchargés sur internet sous <http://www.joursferies.ch/>. En cas de doute, l'employeur doit prouver le nombre de jours fériés. Les jours fériés en vigueur au plan cantonal doivent être indiqués du côté des valeurs requises. Les pourcentages déterminants pour le calcul de l'indemnité pour jours fériés correspondent aux taux indiqués ci-dessus pour le calcul de l'indemnité de vacances.

3.7 13^{ème} et 14^{ème} salaire

Il faut considérer que la loi sur les travailleurs détachés ne crée pas de nouveaux droits en faveur de ces derniers. Cela signifie qu'un employeur ne peut en général pas être obligé de verser un 13^{ème} salaire sans que la CCT étendue ou le contrat type de travail applicable ne le prescrive. Le 13^{ème} salaire doit être inscrit du côté des valeurs requises seulement s'il existe une base légale impérative selon le droit suisse.

Il faut s'écarter du principe de la base légale impérative du droit suisse dans le cas suivant : En tant que précision à la directive du 20 février 2007¹¹, lorsque **le 13^{ème} et le 14^{ème} salaire sont effectivement bonifiés**, ils doivent être pris en compte du côté des chiffres effectifs même s'il n'existe aucune base légale impérative de droit suisse. Il serait choquant de considérer que, sur la base d'un accord collectif, individuel ou d'une prescription contraignante dans le pays d'origine, un employeur bonifie un 13^{ème} et un 14^{ème} salaire dont on ne pourrait pas tenir compte en Suisse faute de base légale impérative.

¹¹ Directive du 20 février 2007, page 5

L'indemnité pour le 13^{ème} mois de salaire doit être ajoutée au salaire de base en sus des prestations versées à des fins de constitution d'un patrimoine ainsi que des indemnités de vacances et pour jours fériés. Si le mois de salaire supplémentaire correspond à un salaire mensuel complet (100 pour cent), il faut ajouter un montant de 1/12^{ème} (correspondant à 8,33 pour cent) multiplié par la somme du salaire de base, des prestations versées à des fins de constitution de patrimoine ainsi que des indemnités de vacances/jours fériés.

Exemple :

Salaire de base	15,00 € de l'heure
Prestation versée à des fins de constitution d'un patrimoine	0,15 € de l'heure
Indemnité de vacances (20 jours)	1.26 € de l'heure
<u>Indemnité pour jours fériés (10 jours)</u>	<u>0.61 € de l'heure</u>
Total intermédiaire	17.02 € de l'heure
Indemnité pour le 13 ^{ème} mois de salaire:	17.02 € x 0,0833 = 1.42 €
Salaire horaire brut:	17.02 € + 1.42 € = 18.44 €

3.8 Suppléments obligatoires pour heures supplémentaires, travail à la tâche, en équipe, de nuit, du dimanche et des jours fériés

Lorsque ce travail est fourni en Suisse, les suppléments de salaire correspondants doivent être inclus dans le calcul du salaire du côté des valeurs requises. Les suppléments de salaire prescrits par le CO et la loi sur le travail sont déterminants. Lorsqu'il existe une réglementation dans une CCT étendue ou dans un CTT, il faut partir de ces suppléments. Si l'employeur peut prouver que le travail exécuté en sus est compensé en Suisse ou dans le pays d'origine (éventuellement par des suppléments en temps), le supplément tombe. Mais la condition est que la compensation soit admissible selon la loi sur le travail et la CCT étendue applicable.

3.9 Pécule de vacances / gratification de Noël

Les pécules de vacances et la gratification de Noël, bien connus en particulier en Allemagne, doivent aussi être ajoutés au salaire effectif. Le pécule de Noël est une rétribution supplémentaire de l'employeur qui est payée en général avec le salaire de novembre. La prétention naît d'un contrat collectif, d'un contrat de travail, d'une convention d'entreprise ou d'une prestation facultative de l'employeur. Le pécule de Noël est imposable et soumis à l'obligation de cotiser aux assurances sociales.

Le pécule de vacances est une gratification de l'employeur qui est versée le plus souvent avec le salaire du mois de juin. La prétention peut naître d'un contrat collectif, d'une convention d'entreprise et du contrat de travail.

Les deux prestations présentent une caractéristique de rétribution spéciale au sens de l'art. 322d CO. La délimitation avec le 13^{ème} salaire est toutefois fluctuante, raison pour laquelle la prise en considération comme contrepartie au 13^{ème} salaire est justifiée lors de la comparaison des salaires. Encore faut-il que l'employeur puisse présenter les pièces comptables. Comme le délai de paiement est en juin et à la fin de l'année, il faut se référer aux justificatifs de l'année précédente. En général, ces allocations correspondent au total à un 13^{ème} salaire, donc à 8,33 pour cent. Le 13^{ème} salaire doit le cas échéant figurer du côté des valeurs requises, le pécule de vacances et de Noël du côté des chiffres effectifs.

3.10 Cotisations aux assurances sociales

Les cotisations aux assurances sociales n'ont pas un caractère de salaire et ne peuvent donc pas être reconnues comme des éléments constitutifs du salaire. Ce principe s'applique aussi aux cotisations versées par des employeurs étrangers qu'un travailleur assuré en Suisse doit financer lui-même, comme l'assurance-maladie obligatoire par exemple.

3.11 Change

Chaque mois, l'Administration fédérale des contributions (AFC) publie les cours moyens des monnaies étrangères à l'adresse suivante :

<http://www.estv.admin.ch/mwst/dienstleistungen/00304/index.html?lang=fr>

Le cours mensuel moyen publié au début de la mission fait foi. Exemple: si un engagement débute le 14 avril 2014, le cours de change qui fait foi est le cours mensuel moyen du mois d'avril publié par l'AFC (publication le 25 du mois précédant). Cette marche à suivre vaut indépendamment de la durée de la mission.

4 Comparaison des salaires en cas de constat d'indépendance fictive

4.1 Etablissement du salaire déterminant

Lorsqu'un cas d'indépendance fictive est constaté lors d'un contrôle auprès d'un prestataire de services qui s'est annoncé comme indépendant (ci-après: le travailleur) et que le mandant ou le maître d'ouvrage à l'étranger doit être considéré comme l'employeur (ci-après: l'employeur), ce rapport contractuel est soumis à la loi sur les travailleurs détachés et la présente directive sur la procédure de comparaison des salaires s'applique. Dans ce cas, l'employeur étranger est tenu de respecter les conditions minimales de travail et de salaire en vigueur en Suisse. Par conséquent, il convient de vérifier si la rémunération versée pour la prestation fournie est conforme aux salaires minimaux. La procédure de comparaison des salaires est la même que pour les travailleurs détachés. Quelques particularités sont toutefois à signaler:

Chiffres effectifs

La détermination de la durée du travail se base sur le nombre d'heures de travail effectuées en Suisse pour accomplir le mandat. Si aucun registre des heures de travail effectuées n'a été tenu, il est possible de s'appuyer sur la durée du travail convenue ou sur d'autres indications fournies au moment de l'annonce, sur le questionnaire¹². Il est donc important que les inspecteurs déterminent les heures de travail effectuées de manière aussi détaillée que possible dès le moment de la vérification du statut d'indépendant. Si l'on ne dispose pas d'indications fiables sur le temps de travail fourni, on se basera sur la durée hebdomadaire maximale du travail admise dans la branche.

La rémunération du travailleur sera désignée par la suite par le terme de prix de l'ouvrage. Pour calculer ce dernier, on se référera au montant effectivement perçu sur la base du décompte final du travailleur ou au moyen de justificatifs de paiement. On peut se référer à titre auxiliaire au prix de l'ouvrage convenu par contrat. Les montants éventuellement versés pour la taxe sur la valeur ajoutée ou l'impôt sur les importations sont à déduire du prix de l'ouvrage.

¹² Directive du 1er janvier 2013 sur la marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers, annexes I et II

Si le prix convenu pour la prestation fournie est payé non pas sur la base d'un salaire horaire, mais sous la forme d'un forfait, ce dernier doit être divisé par le nombre d'heures de travail effectuées ou supposées pour établir le salaire horaire. D'éventuels frais supportés par le travailleur (voire ci-dessous, lettres a et b) doivent être déduits du montant convenu. Dans le tableau de calcul en annexe, le prix convenu pour la prestation fournie peut être introduit comme montant forfaitaire ou salaire horaire. Les suppléments versés pour le travail de nuit, le travail du dimanche, etc. doivent être considérés comme des éléments constitutifs du salaire. Dans les deux cas, la comparaison ne se fait pas sur la base du salaire horaire mais sur la base du prix versé pour la prestation fournie car celui-ci est souvent payé par un montant forfaitaire et pas sous la forme de salaires horaires. L'annexe fournit plus de détails à ce sujet.

Frais:

a) Logement, nourriture, voyage

En application de l'art. 2, al. 3, Ldét, les indemnités versées pour le voyage, la nourriture et le logement ne sont pas considérées comme faisant partie du salaire et sont par conséquent déduites du prix versé pour la prestation fournie. Il faut en principe prendre en considération les dépenses effectives. Il est possible de se référer aux montants forfaitaires définis au chapitre 3.3 pour s'aider. La procédure est présentée en détail dans le tableau de calcul à disposition.

Lorsque le travailleur a utilisé son propre véhicule pour le voyage, on recourra au tarif fixé dans la CCT étendue applicable. Si aucune règle ne s'applique, il est recommandé de calculer une indemnité de 0,60 franc par kilomètre pour l'utilisation de son propre véhicule par l'employeur. On déterminera les frais de voyage en comptabilisant l'ensemble du trajet aller et retour parcouru, c'est-à-dire le trajet du point de départ dans le pays d'origine au lieu de mission en Suisse et le trajet de retour. Si le point de départ n'est pas connu, on prendra en compte le domicile du travailleur. Si le travailleur ou l'employeur peut prouver qu'un autre tarif au kilomètre est applicable à la portion de trajet effectuée à l'étranger, c'est ce dernier tarif que l'on utilisera pour le calcul des frais de voyage à l'étranger.

b) Autres frais liés à la fourniture de la prestation de services

Il est possible que la personne annoncée comme prestataire de services indépendant pour son activité en Suisse ait eu à faire face à d'autres frais liés à la fourniture de la prestation de services. Son activité en Suisse étant considérée comme effectuée dans le cadre d'un détachement de travailleur, ces coûts sont à prendre en considération dans le cadre de la comparaison des salaires. Selon les cas, ces autres frais liés à la fourniture de la prestation de services sont donc à déduire de la rémunération perçue.

Dans le droit suisse du travail, de tels frais ne font pas partie de la rémunération et doivent être remboursés au travailleur (p.ex. matériel nécessaire à la fourniture de la prestation de services). Selon les articles 327 et 327a CO, l'employeur doit indemniser le travailleur pour les frais, matériaux et instruments de travail imposés par l'exécution du travail. Par conséquent, dans l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), le dédommagement pour les frais encourus n'est pas compris dans le salaire déterminant (art. 9 RAVS¹³). Ces frais incluent notamment les dépenses encourues pour les vêtements de travail, les coûts d'utilisation des locaux qui servent à l'activité rémunérée, etc. Ce principe s'applique également lors de la détermination du salaire à prendre en compte dans la comparaison internationale. Pour cela, il faut s'appuyer sur le décompte du travailleur, les indications figurant dans le questionnaire, d'autres documents éventuels tels que des offres, des contrats, etc.

¹³ Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants RAVS; RS 831.101

On notera que de telles dépenses ne sont pas effectuées dans tous les cas où l'on constate une indépendance fictive. Il n'est donc pas justifié de déduire de la rémunération de manière générale un forfait pour les autres frais liés à la fourniture de la prestation de services. Seules les dépenses effectivement engagées doivent être déduites de la rémunération.

Dans le cas particulier où la personne concernée exerce une activité indépendante dans son pays d'origine et qu'elle a recours pour cela à une entreprise, un atelier ou une infrastructure similaire, il ne faut en principe prendre en compte que les frais occasionnés par l'activité en Suisse. On se fondera dans la mesure du possible sur les frais effectifs ou convenus par contrat, p. ex. pour le matériel ou encore les forfaits pour l'utilisation par le prestataire de sa propre voiture. On peut déduire un forfait allant jusqu'à 10% de la rémunération pour l'emploi de ses propres outils, appareils et machines.

Les frais sous a) et b) doivent être déduits de la rémunération pour calculer le salaire à prendre en compte.

Valeurs requises

La détermination du salaire suisse s'applique par analogie à de tels rapports assimilables à des rapports de travail. Aucune particularité n'est à prendre en compte.

4.2 Aspects de droit de procédure

Avant de procéder à la comparaison des salaires, les organes d'exécution vérifient en règle générale si un prestataire de services doit être considéré comme un indépendant selon les dispositions du droit suisse. Si les organes de contrôle parviennent à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une activité indépendante mais d'un rapport de travail, ou assimilable à un rapport de travail, ils doivent vérifier si les conditions minimales de travail et de salaire sont respectées. L'employeur a une obligation d'informer et de renseigner conformément à l'art. 7, al. 2, LDét. Le travailleur est lui aussi soumis à une obligation de renseigner, en vertu de l'art. 1a, al. 5, LDét, ce qui peut avoir son importance en ce qui concerne les heures de travail effectuées et le prix de l'ouvrage effectivement décompté. Les organes d'exécution peuvent en outre prendre en compte les documents et les renseignements qu'ils se sont procurés auprès du mandant ou du maître en vertu de l'art. 1a, al. 5, LDét, dans le cadre de la vérification du statut d'indépendant.

Il convient de remarquer que la comparaison des salaires peut se fonder, en tout ou en partie, sur des documents qui ont été transmis par le travailleur, car c'est lui sur le principe qui doit apporter la preuve de son indépendance (art. 1, al. 2, LDét). Ces documents peuvent être utilisés pour la comparaison des salaires. Il se peut toutefois que l'employeur ne connaisse pas ces documents, du moins pas tous. Pour que le droit d'être entendu soit garanti de façon suffisante à l'employeur, la décision de l'organe de contrôle sur la comparaison des salaires doit être transparente, ce qui signifie que l'employeur doit pouvoir comprendre sur quelles bases et quelles constatations repose la comparaison des salaires. Cela signifie entre autres qu'il faut lui remettre, si l'employeur en fait la demande, des copies d'éventuels documents pertinents pour la comparaison des salaires et qu'il peut prendre position sur le résultat de la comparaison.

En lieu et place de cette procédure, les organes de contrôle peuvent aussi demander tous les documents nécessaires pour la comparaison des salaires auprès de l'employeur, en particulier s'ils ne sont pas sûrs de pouvoir remettre à l'employeur un document, par exemple au cas où le document relèverait du secret des affaires. Il convient de procéder à une pesée des intérêts au cas par cas et, dans le doute, de demander les documents également à l'employeur.

Si l'employeur doit verser des compléments de salaire après comparaison des salaires, il doit transmettre un décompte de salaire aux organes de contrôle. Si le travailleur peut prouver, au moyen du formulaire A 1, qu'il reste assujéti aux assurances sociales du pays d'origine pour son activité temporaire en Suisse, l'employeur ne doit verser aucune cotisation sociale au pays d'origine pour cette mission. Des informations détaillées à ce sujet figurent au chapitre 5.1 de la directive du 1^{er} janvier 2013 sur la marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers. L'employeur est libre de choisir de verser la différence entre le prix déjà versé (dans lequel on ne comptabilisera pas les frais pour le logement, la nourriture, le voyage, le matériel et les autres frais liés à la prestation de services, cf. chap. 4.1) et le salaire minimal dû ou de verser le salaire minimal intégral et de réclamer en retour le prix déjà versé. Ce qui est déterminant, c'est que le salaire minimal dû en Suisse ait effectivement été versé et que l'employeur puisse en apporter la preuve.

5 Entrée en vigueur

La présente directive révisée entre en vigueur le 1^{er} avril 2014. Quant à l'application de la directive, la date du début de la mission fait foi.

Avec nos salutations les meilleures
Secrétariat d'Etat à l'économie



Gasser Peter
Chef Libre circulation des personnes et Relations du travail

Annexe: Tableau de calcul