



Bern, 18. November 2020

Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 18.3506 Abate
vom 12. Juni 2018

Übersicht

Der Anlass für diesen Bericht ist ein von alt Ständerat Fabio Abate am 12. Juni 2018 eingereichtes Postulat (18.3506 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»), das der Bundesrat am 15. August 2018 zur Annahme empfohlen hat. Der Ständerat hat das Postulat am 19. September 2018 überwiesen.

Das Postulat beauftragt den Bundesrat, die Umwandlung der bisherigen strafrechtlichen Sanktion bei Missachtung der Meldepflicht gemäss der Verordnung vom 22. Mai 2002¹ über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) in eine verwaltungsrechtliche Sanktion zu prüfen, wie sie auch bei einer Missachtung der Meldepflicht nach dem Entsendegesetz vom 8. Oktober 1999² (EntsG) vorgesehen ist. Zudem soll abgeklärt werden, ob bei einem solchen Wechsel zu einer verwaltungsrechtlichen Sanktion die Umwandlung einer nicht bezahlten verwaltungsrechtlichen Busse in eine Ersatzmassnahme sinnvoll wäre.

Zur Durchsetzung der Meldepflicht von Erwerbstätigkeiten sind nach geltendem Recht sowohl verwaltungsrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Bei einer Missachtung der Meldepflicht durch Arbeitgeber von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern kommt eine Verwaltungssanktion zur Anwendung. Bei einer Missachtung durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer sowie Schweizer Arbeitgeber von Angehörigen der EU/EFTA-Staaten mit einer Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten erfolgt eine strafrechtliche Sanktion; dies gilt auch für fehlbare Arbeitgeber von anerkannten Flüchtlingen, staatenlosen Personen und vorläufig Aufgenommenen. Zudem können auch Grenzgängerinnen und Grenzgänger bei Meldepflichtverletzungen strafrechtlich sanktioniert werden.

Damit besteht keine einheitliche Regelung, und auch die Zuständigkeiten und die Verfahren sind unterschiedlich ausgestaltet. Dadurch können sich Ungleichheiten im Vollzug ergeben, da sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Verwaltungsbehörden für die Sanktionierung von gleichartigen Meldepflichtverletzungen zuständig sind und je nachdem das Verwaltungsverfahren oder das Strafverfahren zur Anwendung kommt.

Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK), die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK), die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) und den Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbeförden (VSAA) zum Anliegen des Postulats konsultiert. Sie sind mit einer Harmonisierung der Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten grundsätzlich einverstanden. Sie sprechen sich aber dafür aus, dass diese Harmonisierung über das Anliegen des Postulats hinaus auch auf das Meldeverfahren für Arbeitgeber von anerkannten Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen ausgedehnt wird. Die VKM und der VSAA befürchten allerdings, dass eine solche Harmonisierung zu einem grösseren Verwaltungsaufwand und in der Praxis zu Schwierigkeiten bei der Durchführung von Kontrollen führt.

¹ SR 142.203

² SR 823.20

Der Bundesrat unterstützt grundsätzlich das Anliegen einer Harmonisierung der Sanktionen. Der Nationalrat hat jedoch mit dem ebenfalls angenommenen Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. November 2018 (18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen») den Bundesrat beauftragt aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Damit sind die im vorliegenden Postulat enthaltenen Anliegen auch Gegenstand dieser umfassenden Prüfung gemäss dem Postulat 18.4100. Es ist davon auszugehen, dass der Bericht dazu im Sommer 2021 vorliegen wird. Der Bundesrat wird die Ergebnisse der Diskussionen zu diesem Bericht im Parlament abwarten, bevor er darüber entscheidet, wie die Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten harmonisiert werden können.

1 Inhalt und Ziele des Postulats

Am 12. Juni 2018 reichte Fabio Abate (alt Ständerat, FDP, Tessin) das Postulat 18.3506 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen» mit folgendem Wortlaut ein:

«Der Bundesrat wird beauftragt, sich zu überlegen, wie die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) so angepasst werden kann, dass bei Nichteinhaltung des Meldeverfahrens durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer oder durch Schweizer Arbeitgeber eine Verwaltungssanktion ausgesprochen werden kann, nicht eine strafrechtliche Busse.»

Im Begleittext wird zur Begründung des Postulats Folgendes aufgeführt:

«Das Entsendegesetz (EntsG) regelt neben den minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen auch eine Meldepflicht für Arbeitgeber, die vorübergehend Angestellte in die Schweiz entsenden (Art. 6 EntsG und Art. 6 der Entsendeverordnung, EntsV). Das EntsG sieht ausserdem vor, dass die zuständige Behörde bei Verstössen gegen die Meldepflicht eine Verwaltungssanktion aussprechen kann, die eine Belastung durch einen Betrag bis 5000 Franken vorsieht (Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG).

Die VEP regelt in Artikel 9 Absatz 1^{bis}, dass das Meldeverfahren nach Artikel 6 EntsV sinngemäss gilt für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer (die nicht dem EntsG unterstehen) sowie für Schweizer Arbeitgeber, die vorübergehend (für eine Dauer von bis zu drei Monaten) Personen aus dem europäischen Ausland anstellen. Doch gleichzeitig legt die VEP auch Folgendes fest: «Mit einer Busse bis zu 5000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Meldepflichten nach Artikel 9 Absatz 1bis verletzt» (Art. 32a VEP). Diese Bestimmung ist strafrechtlicher Natur, anders als Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG (Verwaltungssanktion). Daraus ergibt sich in Bezug auf die Sanktionierung von Verstössen gegen die Meldepflicht eine erhebliche Ungleichbehandlung von ausländischen Arbeitgebern einerseits und inländischen Arbeitgebern und selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern andererseits: Für Erstere sind das Verfahren und die Sanktionen verwaltungsrechtlicher Natur, für Letztere hingegen strafrechtlicher Natur. Das Meldeverfahren entspricht aber weder einem Bewilligungsverfahren zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit noch einem Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Es geht im Wesentlichen einzig darum, dass die Anwesenheit in der Schweiz mitgeteilt wird – auch wenn diese Mitteilung für die Behörde sehr wichtig ist –, was eine Kontrolle und eine Überwachung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit ermöglicht. Die Einleitung eines Strafverfahrens bei einer Verletzung dieser formalen Pflicht scheint daher offensichtlich unverhältnismässig.

Ein Strafverfahren verlangt nämlich eine umfassende Untersuchung des Falls, eine Beurteilung des subjektiven und des objektiven Elements zur Bestimmung der Schuld, die Ermittlung der verantwortlichen Person usw. Ausserdem können juristische Personen nicht mit einer Busse belegt werden. Das Verwaltungsverfahren hingegen gibt den Behörden weniger strenge Regeln vor, die für diese Art von Verstössen besser geeignet sind und die es ermöglichen, die Sanktion direkt gegenüber der juristischen Person zu verhängen. Mit dem Wechsel zum Verwaltungsverfahren auch für Schweizer Arbeitgeber und selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer, welche die Meldepflicht verletzen, liessen sich ausserdem die Verfahren und Sanktionen für diese identischen Verstösse vereinheitlichen.

Im Übrigen könnte man bei einem Wechsel zum Verwaltungsverfahren einem fehlbaren Unternehmen für eine Dauer von einem bis zu fünf Jahren verbieten, seine Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten, wenn es den als Verwaltungssanktion rechtskräftig auferlegten Betrag nicht bezahlt, dies anstelle der Umwandlung einer nichtbezahlten Busse in Haft. Diese Möglichkeit hätte man zumindest bei den selbstständigen Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern. Im Hinblick auf die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zwischen schweizerischen und ausländischen Firmen wäre ein solcher Wechsel nutzbringender.»

2 Ausgangslage zur Entstehung des Postulats

Dem Postulat vorausgegangen ist die Motion Abate aus dem Ständerat vom 14. März 2018 (18.3176 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»). Sie beauftragte den Bundesrat, die Verordnung vom 22. Mai 2002³ über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) derart anzupassen, dass bei Nichteinhaltung der Pflicht zur Meldung durch selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer oder durch Schweizer Arbeitgeber neu eine Verwaltungssanktion ausgesprochen werden kann, und nicht eine strafrechtliche Busse.

In seiner Stellungnahme vom 23. Mai 2018 vertritt der Bundesrat die Auffassung, dass die in der Motion vorgesehene rechtliche Umsetzung nicht möglich sei, da eine solche Anpassung der VEP vorab eine Änderung der gesetzlichen Grundlage im Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005⁴ (AIG) erforderlich mache. Mit Verordnungsanpassungen allein könne das verlangte Ziel einer Vereinheitlichung der Sanktionsbestimmungen somit nicht erreicht werden. Der Bundesrat zeigte sich jedoch bereit, zusammen mit den zuständigen Stellen und kantonalen Behörden zu prüfen, ob eine Harmonisierung einem breit abgestützten Anliegen entspricht. Er beantragte am 23. Mai 2018 die Ablehnung der Motion, die am 11. Juni 2018 zurückgezogen wurde. Der Bundesrat beantragte am 15. August 2018 die Annahme des Postulats. Der Ständerat überwies das Postulat am 19. September 2018.

Mit der gleichen Begründung beantragte der Bundesrat auch die Ablehnung der am 8. März 2018 im Nationalrat zusätzlich eingereichten Motion Merlini (18.3108 «Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der VEP. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen»). Diese Motion wurde am 5. März 2020 im Nationalrat (mit 117 zu 68 Stimmen bei einer Enthaltung) angenommen.

³ SR 142.203

⁴ SR 142.20

3 Sanktionsverfahren bei Meldepflichtverletzungen nach geltendem Recht

3.1 Überblick über die bestehenden Meldeverfahren

Im Gegensatz zu den ausländerrechtlichen Bewilligungs- und Anmeldeverfahren, die die Regel darstellen, gibt es in einigen Bereichen des Ausländerrechts ein vereinfachtes Meldeverfahren bei der Ausübung von bestimmten Erwerbstätigkeiten durch Ausländerinnen und Ausländer. Es kommt dann zur Anwendung, wenn zwar grundsätzlich ein Anspruch auf die Ausübung der Erwerbstätigkeit besteht, ihre Meldung in einem einfachen Verfahren jedoch insbesondere zu Kontrollzwecken und für statistische Erhebungen notwendig ist. Beim Meldeverfahren wird somit für die Aufnahme der betreffenden Erwerbstätigkeit keine vorangehende positive Gesuchsprüfung vorausgesetzt.

Es bestehen Meldeverfahren:

- für Arbeitgeber von vorübergehend anwesenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die in die Schweiz entsendet werden (Art. 6 EntsG und Art. 6 der Verordnung vom 21. Mai 2003⁵ über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, EntsV);
- für selbstständige Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer bei einer Dienstleistungserbringung bis zu 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres (Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP);
- für Schweizer Arbeitgeber, die gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zu einer Dauer von drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres beschäftigen (Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP);
- für Grenzgängerinnen und Grenzgänger bei einem Stellenwechsel (Art. 9 Abs. 3 VEP);
- für Grenzgängerinnen und Grenzgänger aus Nicht-EU/EFTA-Staaten bei einem Stellenwechsel nach einer ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von fünf Jahren (Art. 13a der Verordnung vom 24. Oktober 2007⁶ über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, VZAE);
- für Arbeitgeber von vorläufig aufgenommenen Personen und staatenlosen Personen sowie von Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt oder die sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen hat (Art. 31 Abs. 3 und 85a AIG sowie Art. 61 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998⁷, AsylG);
- für vorläufig aufgenommene Personen und staatenlose Personen sowie Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt oder die sie als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen hat, bei selbstständiger Erwerbstätigkeit (Art. 31 Abs. 3 AIG, Art. 61 AsylG und Art. 65 VZAE).

⁵ SR 823.201

⁶ SR 142.201

⁷ SR 142.31

3.2 Sanktion nach dem EntsG wegen Meldepflichtverletzung

Das EntsG regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG) oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört (Art. 1 Abs. 1 Bst. b EntsG). Es regelt ebenfalls die Kontrolle der Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen, und die Sanktion gegen solche Arbeitgeber, wenn sie gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Artikel 360a des Obligationenrechts⁸ (OR) vorgeschrieben sind. Es besteht zudem eine solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch Subunternehmer (Art. 1 Abs. 2 EntsG).

Vor Beginn eines Einsatzes muss der Arbeitgeber einer vom Kanton bezeichneten Behörde schriftlich und in der Amtssprache des Einsatzortes die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Angaben melden (Meldeverfahren nach Art. 6 Abs. 1 EntsG). Die Arbeit darf frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden (Art. 6 Abs. 3 EntsG), sodass genügend Zeit bleibt, um allfällige Kontrollen vorzubereiten und effizient durchzuführen.

Die zuständige kantonale Behörde kann im Fall einer Meldepflichtverletzung gegenüber dem verantwortlichen Betrieb eine Belastung von bis zu 5000 Franken aussprechen (Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG). Die Verwaltungssanktionen nach Artikel 9 EntsG bilden das eigentliche Kernstück des Durchsetzungsmechanismus des EntsG. Ohne Sanktionen wäre die Meldepflicht nach Artikel 6 EntsG kaum durchsetzbar.⁹

Die Botschaft vom 1. Juli 2015 zur Änderung des EntsG hält fest, dass es sich bei den Sanktionen nach Artikel 9 Absatz 2 EntsG um verwaltungsrechtliche und nicht um strafrechtliche Sanktionen handelt.¹⁰ Mit der Änderung des EntsG vom 30. September 2016¹¹, in Kraft seit 1. April 2017, hat der Gesetzgeber die Sachüberschrift von Artikel 9 EntsG präzisiert; sie lautet neu «Verwaltungssanktionen» statt «Sanktionen». Damit erfolgt auch eine bessere Abgrenzung zu den Strafbestimmungen in Artikel 12 EntsG.¹²

Weiter wurde der in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a EntsG enthaltene Verweis auf Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974¹³ über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) gestrichen, da hier das Verwaltungsstrafrecht nicht zur Anwendung gelangt. Mit diesem Verweis auf Artikel 7 VStrR war es den kantonalen Vollzugsbehörden möglich, bei einer Busse bis 5000 Franken und bei unverhältnismässigen Untersuchungsmassnahmen zur Feststellung der strafbaren Personen von ihrer Verfolgung Umgang zu nehmen und an ihrer Stelle das Unternehmen zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen.

⁸ SR 220

⁹ Kurt Pärli, Handkommentar Entsendegesetz (EntsG) 2018, Rz. 1 zu Art. 9 EntsG.

¹⁰ BBl 2015 5845, hier 5854

¹¹ AS 2017 2077

¹² BBl 2015 5845, hier 5856

¹³ SR 313.0

3.3 Sanktion nach der VEP wegen Meldepflichtverletzung

Gemäss Artikel 2 gilt die VEP für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie für Staatsangehörige von Norwegen, Island und des Fürstentums Liechtenstein als Angehörige der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA). Arbeitgeber von solchen Personen, die in der Schweiz eine Stelle bis zu drei Monaten antreten (und damit nicht der Bewilligungspflicht unterliegen), sowie Selbstständige, die während 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres Dienstleistungen erbringen, unterliegen gemäss Artikel 9 Absatz 1^{bis} VEP ebenfalls der Meldepflicht nach Artikel 6 EntsG und Artikel 6 EntsV. Der Lohn muss nicht gemeldet werden. Bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres muss die Anmeldung spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit erfolgen.

Ein Verstoß gegen diese Meldepflicht kann gestützt auf Artikel 32a Absatz 1 VEP mit Busse von bis zu 5000 Franken bestraft werden. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Artikel 120 Absatz 2 AIG, der im 16. Kapitel «Strafbestimmungen» des AIG enthalten ist. Bei Artikel 32a Absatz 1 VEP handelt es sich folglich um eine Strafbestimmung, und nicht um eine verwaltungsrechtliche Sanktion einer Verwaltungsbehörde, wie dies bei der Sanktion gemäss EntsG der Fall ist. Zuständig für die Verfolgung sind hier deshalb die Strafverfolgungsbehörden. Die Bestrafung erfolgt im Rahmen eines Strafbefehls (Art. 352 Abs. 1 StPO).

Mit der Änderung vom 20. September 2019 wurde Artikel 32a VEP mit einem zweiten Absatz ergänzt, in Kraft seit dem 1. November 2019, der die ausgebliebene Meldung eines Stellenwechsels von Grenzgängerinnen und Grenzgängern (Art. 9 Abs. 3 VEP) bestraft. Diese Strafbestimmung richtet sich an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer («Grenzgängerinnen und Grenzgänger», Art. 9 Abs. 3 VEP), und nicht an die Arbeitgeber.

3.4 Sanktion nach dem AIG wegen Meldepflichtverletzung

Seit dem 1. Januar 2019¹⁴ können anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen eine Erwerbstätigkeit ausüben, wenn sie gemeldet wurde (Art. 85a Abs. 2 AIG) und die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 22 AIG). Artikel 61 AsylG wurde analog zu Artikel 85a AIG angepasst. Wie die vorläufig aufgenommenen Personen, können Personen, denen Asyl gewährt wurde oder die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen wurden, in der ganzen Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben. Auch staatenlose Personen unterstehen dem Meldeverfahren (Art. 31 Abs. 3 und Art. 61 AsylG).

Bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit nimmt der Arbeitgeber die Meldung vor (Art. 65 Abs. 2 VZAE). Bei selbstständiger Erwerbstätigkeit muss die Meldung durch die betreffende Person selber erfolgen (Art. 65 Abs. 3 VZAE). Sie sind verpflichtet, die Aufnahme und Beendigung der Erwerbstätigkeit sowie einen Stellenwechsel vorgängig den zuständigen Behörden des Arbeitsortes zu melden. Sie müssen zudem bestätigen, dass sie die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten. Mit diesen Regelungen wird einem möglichen Lohn- und Sozialdumping entgegengewirkt. Mit der Meldung wird automatisch die Ausübung der Erwerbstätigkeit erlaubt.

¹⁴ AS 2018 3173

Die Aufnahme und Beendigung der Erwerbstätigkeit sowie ein Stellenwechsel müssen ebenfalls vorgängig der vom Kanton bezeichneten Behörde des Arbeitsortes gemeldet werden; das Meldeverfahren richtet sich nach Artikel 85a Absätze 2–6 AIG. Die Verletzung der Meldepflicht wird mit einer strafrechtlichen Busse bestraft (Art. 120 Bst. f AIG).

Seit dem 1. November 2019¹⁵ müssen Grenzgängerinnen und Grenzgänger aus Drittstaaten nach einer ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von fünf Jahren einen Stellenwechsel melden (Art. 13a VZAE). Die Verletzung der Meldepflicht wird mit einer strafrechtlichen Busse bis zu 1000 Franken bestraft (Art. 90a VZAE i. V. m Art. 120 Abs. 2 AIG).

4 Ergebnis der Konsultation

Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK), die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK), die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) und den Verband Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (VSAA) zur Harmonisierung der Sanktionen konsultiert. Die Konsultation dauerte vom 11. Mai bis zum 5. Juni 2020.

Die KKJPD und VDK befürworten die Stossrichtung des Berichtsentwurfs zur Harmonisierung der Sanktionen. Allerdings weisen sie auf den Einwand der VKM hin, wonach bei der Umsetzung des Postulats die Schaffung einer neuen sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zu vermeiden sei. Im Übrigen verweisen die KKJPD und VDK bezüglich der administrativen Konsequenzen der Harmonisierung auf die Stellungnahme des VSAA. Die SSK hat den Berichtsentwurf zustimmend zur Kenntnis genommen und ist mit den darin gezogenen Schlüssen einverstanden.

Die VKM erklärt, die überwiegende Mehrheit ihrer Mitglieder sei von der vorgeschlagenen Harmonisierung lediglich am Rande betroffen, da sie keine verwaltungs- oder strafrechtlichen Sanktionen verhängen würden. Sie unterstützen aber die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verfahren. Einzelne kantonale Migrationsbehörden würden jedoch zwei gewichtige Nachteile geltend machen:

- Kritisiert wird, dass die Verletzung der Meldepflicht im Bereich der Erwerbstätigkeit von vorläufig aufgenommenen Personen und anerkannten Flüchtlingen weiterhin im Rahmen eines Strafverfahrens sanktioniert werden soll. Es sei bei der Umsetzung des Anliegens des Postulats unbedingt zu vermeiden, dass eine neue, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung geschaffen werde. Sofern diese nicht vermieden werden könne, sei die Beibehaltung der aktuellen Rechtslage vorzuziehen.
- Ausserdem bringe die Aufhebung des heutigen Strafverfahrens zugunsten der Verwaltungssanktion Nachteile bezüglich der zeitlichen Dauer der Verfahren mit sich. Strafrechtliche Bussen könnten bei Meldepflichtverletzungen mit dem Beizug der Polizei und den Strafverfolgungsbehörden sowie unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Schritte (rechtliches Gehör, Einvernahme, Strafbefehl) sofort verhängt werden. Verwaltungssanktionsverfahren würden hingegen aufgrund der bekannten Probleme (z. B.

¹⁵ AS 2019 3041

inexistente Firmen, falsche oder wechselnde Firmenadressen, unzustellbare Post, aufwendige, rechtskonforme Zustellung von Verfahrensakten ins Ausland) regelmässig viel länger dauern und entsprechend einen Mehraufwand verursachen.

Der VSAA begrüsst grundsätzlich die durch das Postulat angestrebte Harmonisierung der Sanktionen, auch wenn für die kantonalen Arbeitsmarktbehörden damit ein Mehraufwand anfallt. Er spricht sich auch dafür aus, die Meldepflichtverletzung von Arbeitgebern im Bereich der Erwerbstätigkeit von vorläufig aufgenommenen Personen, staatenlosen Personen und anerkannten Flüchtlingen in eine verwaltungsrechtliche Sanktion umzuwandeln. Der VSAA befürchtet jedoch eine Verlängerung des Verwaltungsverfahrens, einen höheren Verwaltungsaufwand und Schwierigkeiten bei der Durchführung der Kontrollen durch die Behörden.

5 Verwaltungssanktionen

Verwaltungssanktionen können die Betroffenen in ihren Rechten stark berühren.¹⁶ Auf Verwaltungssanktionen sind die allgemeinen Verfahrensgarantien nach den Artikeln 29, 29a und 30 der Bundesverfassung¹⁷ (BV) anwendbar. Dazu gehören insbesondere der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren, auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege, die Rechtsweggarantie, das Beschleunigungsgebot oder im Streitfall eine Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Daneben sind auch die (strafprozessualen) Verfahrensgarantien nach Artikel 6 Ziffern 1–3 (Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere Verbot des Selbstbelastungszwangs und Unschuldsvermutung) und Artikel 7 (Keine Strafe ohne Gesetz) der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁸ (EMRK) anwendbar, sofern verwaltungsrechtliche Sanktionen als «strafrechtliche Anklagen» qualifiziert werden.¹⁹ Für die Qualifizierung des strafrechtlichen Charakters wendet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die sogenannten «Engel»-Kriterien an.²⁰

Diese Kriterien umfassen: (1) die Zuordnung der Tat nach nationalem Recht, (2) die Natur des Vergehens und (3) die Natur und Schwere der Sanktion.²¹ Die Kriterien sind alternativ, das heisst es genügt, wenn ein Kriterium erfüllt ist. Die Einordnung der Sanktion nach nationalem Recht hat relatives Gewicht, sodass die Einordnung der Sanktion als verwaltungsrechtlich die Anwendung der strafprozessualen Garantien der EMRK nicht ausschliesst.²² Im BGE 140 II 384 stellte das Bundesgericht fest, dass eine spielbankenrechtliche Verwaltungssanktion in den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Sinne von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK fällt. Es stellte klar, dass eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Artikel 6 EMRK vorliegt, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens oder der Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen. Im BGE 139 I

¹⁶ Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 11.

¹⁷ SR 101

¹⁸ SR 0.101. Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) wurde von der Bundesversammlung am 3. Oktober 1974 genehmigt und trat am 28. November 1974 für die Schweiz in Kraft.

¹⁹ Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich, Basel, Genf, 2002, S. 166; Christoph Errass, Carrier Sanctions als Beispiel ausgelagerter und exterritorialer Grenzkontrolle und als Beispiel von Verwaltungssanktionen, in: Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen, 2018, S. 179–214, hier S. 208; Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 11.

²⁰ Janina Aufrichtig, Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts, in: LeGes 29 (2018) 1, Rz. 13; EGMR-Urteil *Engel und andere gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Nr. 5100/71, Ziff. 8 ff.

²¹ EGMR-Urteil *Engel und andere gegen die Niederlande* vom 8. Juni 1976, Nr. 5100/71 etc., § 82.

²² EGMR-Urteil *Grande Stevens gegen Italien* vom 4. März 2014, Nr. 18640/10, § 94 und 95.

72 qualifizierte das Bundesgericht kartellrechtliche Sanktionen als strafrechtliche Anklage im Sinne von Artikel 6 EMRK.²³

Die Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Strafsanktionen bereitet im konkreten Anwendungsfall Schwierigkeiten. Zudem können bei Verwaltungssanktionen, die strafrechtliche Anklagen im Sinne von Artikel 6 EMRK darstellen, Unsicherheiten in Bezug auf den Umfang der verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten bestehen, die sich insbesondere auf die spätere Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem Verwaltungssanktions- oder Strafverfahren auswirken. Während die strafprozessualen Garantien von Artikel 6 EMRK im Kernstrafrecht voll gelten, können in den Randbereichen bzw. den strafrechtsähnlichen Bereichen gewisse Abstriche zulässig sein (z. B. die Verhängung von Verwaltungssanktionen zunächst durch eine Verwaltungsbehörde²⁴). Das fall- und praxisbasierte Austarieren von verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und strafprozessualen Garantien ist der Rechtssicherheit jedoch nicht zuträglich.

Angesichts der Bedeutung von Verwaltungssanktionen in der Schweizer Rechtsordnung drängte sich daher eine umfassende rechtliche Klärung auf. Der Bundesrat wurde daher mit dem Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. November 2018 (18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen») beauftragt aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Auslöser dieses Postulats waren die Beratungen zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes (17.059).²⁵ Der Bundesrat beantragte am 19. Dezember 2018 die Annahme des Postulats; es wurde am 4. März 2019 im Nationalrat angenommen. Mit den Arbeiten betraut wurde das Bundesamt für Justiz. Der Bericht des Bundesrates soll im Sommer 2021 verabschiedet werden.

6 Schlussfolgerungen

Der Bundesrat nimmt zur Kenntnis, dass die Vollzugsbehörden einer Harmonisierung der Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten grundsätzlich positiv gegenüberstehen. Er unterstützt dieses Anliegen ebenfalls, soweit damit die Einhaltung der erforderlichen Verfahrensgarantien angemessen sichergestellt werden kann. Der Bundesrat wird deshalb die Ergebnisse der Diskussionen zum Bericht in Erfüllung des Postulats 18.4100 «Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen» im Parlament abwarten, bevor er darüber entscheidet, ob und gegebenenfalls wie die Sanktionen bei einer Verletzung der Meldepflichten harmonisiert werden können.

* * *

²³ Jeremias Fellmann, Luzia Vetterli, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen? in: *forumpoenale* 1/2015 S. 43–49, hier S. 44.

²⁴ Meier-Ladewig, Nettesheim, Raumer, EMRK – Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Rz. 30 zu Art. 6,

²⁵ Medienmitteilung vom 16. August 2019 «Kommission schliesst Beratungen der Revision des Datenschutzgesetzes ab», abrufbar unter: www.parlament.ch > Services > News (Stand: 1.10.2020).



Berne, le 18 novembre 2020

Harmonisation de la procédure en cas de violation de l'obligation d'annonce au sens de la loi sur les travailleurs détachés ou de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes

Rapport du Conseil fédéral
en exécution du postulat 18.3506 Abate
du 12 juin 2018

Condensé

Le présent rapport fait suite au postulat déposé le 12 juin 2018 par l'ancien conseiller aux États Fabio Abate (18.3506 *Harmonisation de la procédure en cas de violation des obligations d'annonce au sens de la loi sur les travailleurs détachés ou de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes*), que le Conseil fédéral a proposé d'accepter le 15 août 2018 et que le Conseil des États a adopté le 19 septembre de la même année.

Ce postulat charge le Conseil fédéral d'examiner la possibilité de modifier l'ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP)¹, de sorte que l'inobservation de la procédure d'annonce soit punie d'une sanction administrative au lieu d'une sanction pénale (amende), comme le prévoit déjà la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (LDét)². Dans l'éventualité d'une conversion à une sanction administrative, le Conseil fédéral doit également évaluer s'il ne serait pas judicieux de prévoir une mesure de substitution en cas de non-paiement d'une amende administrative.

Le droit en vigueur prévoit aussi bien des sanctions administratives que des sanctions pénales pour imposer l'application de l'obligation d'annoncer les activités lucratives : l'employeur qui manque à son devoir d'annoncer un travailleur détaché est puni d'une sanction administrative tandis que le prestataire de services indépendants et l'employeur suisses qui engage temporairement (pour une période inférieure à trois mois) des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) sont punis d'une sanction pénale, celle-ci s'appliquant également à l'employeur qui omet d'annoncer l'engagement de réfugiés reconnus, d'apatrides ou de personnes admises à titre provisoire. Les frontaliers peuvent également faire l'objet de sanctions pénales en cas de violation de l'obligation d'annonce.

Par conséquent, il n'y a donc pas d'uniformité en matière de réglementation, de compétences ou de modalités de la procédure. Il peut s'ensuivre des disparités dans l'exécution du droit dans la mesure où des autorités pénales et des autorités administratives ont compétence pour sanctionner des violations de l'obligation d'annonce qui sont de même nature et que la sanction diffère selon le droit qui s'applique.

Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a consulté la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), la Conférence des procureurs de Suisse (CPS), la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) (CDEP), l'Association des services cantonaux de migration (ASM) et l'Association des offices suisses du travail (AOST) au sujet dudit postulat. Ces organisations sont, de manière générale, favorables à l'harmonisation des sanctions visant les violations du devoir d'annonce, qui est demandée par l'auteur du postulat, mais souhaitent qu'elle soit élargie à la procédure d'annonce de l'embauche de réfugiés reconnus ou de personnes admises à titre provisoire. L'ASM et l'AOST craignent toutefois que cette harmonisation n'entraîne une importante charge administrative et que les contrôles ne soient que difficilement réalisables.

¹ RS 142.203

² RS 823.20

Le Conseil fédéral soutient l'idée générale d'une harmonisation des sanctions. Cependant, le postulat du 1^{er} novembre 2018 de la Commission des institutions politiques du Conseil national (18.4100 « Régime général de sanctions administratives pécuniaires »), que le Conseil national a adopté, charge le Conseil fédéral d'examiner les solutions envisageables pour introduire en droit suisse un régime général de sanctions administratives pécuniaires avec les garanties juridiques nécessaires. Les demandes formulées dans le présent postulat sont donc également incluses dans l'examen approfondi mené en vertu du postulat 18.4100. Le rapport correspondant sera vraisemblablement disponible à l'été 2021. Le Conseil fédéral va attendre les résultats des discussions menées au sujet de ce rapport au Parlement et décidera ensuite comment il entend harmoniser les sanctions en cas de violation des obligations d'annonce.

1 Contenu et objectifs du postulat

Le 12 juin 2018, l'ancien conseiller aux États Fabio Abate (PLR, Tessin) a déposé le postulat 18.3506 *Harmonisation de la procédure en cas de violation des obligations d'annonce au sens de la loi sur les travailleurs détachés ou de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes*, qui avait la teneur suivante:

« Le Conseil fédéral est chargé de modifier l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP), de sorte que l'inobservation de la procédure d'annonce par un prestataire de services indépendant ou un employeur suisse soit punie d'une sanction administrative au lieu d'une sanction pénale (amende). »

Dans le texte d'accompagnement (développement) du postulat, l'auteur expose les arguments suivants :

« La loi sur les travailleurs détachés (LDét) règle, outre les conditions minimales de travail et de salaire, l'obligation d'annonce à laquelle est soumis l'employeur qui détache temporairement des travailleurs en Suisse (art. 6 LDét). Elle prévoit également que l'autorité compétente peut, en cas d'infraction à l'obligation d'annonce, prononcer une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de 5000 francs au plus (art. 9, al. 2, let. a, LDét).

L'OLCP prévoit, à l'article 9 alinéa 1bis, que la procédure d'annonce au sens de l'article 6 LDét s'applique par analogie aux prestataires de services indépendants (non soumis à la LDét) et aux employeurs suisses qui engagent temporairement (pour une période inférieure à trois mois) des travailleurs européens. Elle prévoit également que « quiconque contrevient, intentionnellement ou par négligence, aux obligations d'annonce prévues à l'article 9 alinéa 1bis » est puni d'une amende de 5000 francs au plus (art. 32a OLCP). Cette disposition, à la différence de l'article 9 alinéa 2 lettre a, LDét (sanction administrative) est de nature pénale. Il en résulte une grande inégalité de traitement entre les employeurs étrangers et les employeurs suisses ou les prestataires de services indépendants en matière de poursuite des infractions à l'obligation d'annonce. Pour les premiers, la sanction et la procédure sont de nature administrative, tandis que pour les seconds, la sanction et la procédure sont de nature pénale. L'annonce n'équivaut pas à une procédure d'autorisation d'exercer une activité lucrative ou à une procédure d'octroi de permis. Il s'agit en substance, d'un simple signalement de présence qui, quoiqu'important pour les autorités, permet de contrôler et de suivre les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. L'ouverture d'une procédure pénale en cas de violation de cette obligation formelle est donc manifestement disproportionnée.

Une procédure pénale exige notamment une instruction minutieuse de la cause, la pondération des éléments subjectifs et objectifs afin d'établir la faute et l'identification du responsable. Au surplus, il n'est pas possible d'infliger une amende à une personne morale. Les règles de la procédure administrative, au contraire, sont moins rigoureuses pour les autorités, plus adaptées à ce type d'infraction et permettent de sanctionner directement une personne morale. Le passage à la procédure administrative en cas de violation de l'obligation d'annonce par des employeurs suisses et des prestataires de services indépendants, permettrait en outre d'harmoniser la procédure et les conséquences pour une seule et même infraction.

Enfin, le passage à la procédure administrative permettrait, du moins en ce qui concerne les prestataires de services indépendants, d'interdire aux entreprises concernées d'offrir leurs services en Suisse pour une période d'un à cinq ans, en cas de non-paiement du montant d'une sanction administrative entrée en force, plutôt que de commuer l'amende en réclusion. L'effet serait plus tangible en termes de lutte contre la concurrence déloyale entre les entreprises suisses et les entreprises étrangères. »

2 Contexte à l'origine du postulat

Le postulat a été précédé au Conseil des États par la motion 18.3176 Abate *Harmonisation de la procédure en cas de violation des obligations d'annonce au sens de la LDét ou de l'OLCP* du 14 mars 2018. Cette dernière chargeait le Conseil fédéral de modifier l'ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP)³ de sorte que l'inobservation de la procédure d'annonce par un prestataire de services indépendant ou un employeur suisse soit punie d'une sanction administrative au lieu d'une sanction pénale (amende).

Dans son avis du 23 mai 2018, le Conseil fédéral estimait qu'il n'était pas possible d'harmoniser les procédures de la manière décrite par l'auteur de la motion parce que la modification de l'OLCP impliquait une modification préalable de sa base légale dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)⁴. Il ne suffit pas de modifier l'ordonnance pour atteindre le but d'une harmonisation des sanctions. Cependant, le Conseil fédéral s'est dit disposé à étudier, avec les autorités cantonales et les services compétents, la question de savoir si l'harmonisation des procédures répond à une demande largement exprimée. Il a par conséquent proposé le rejet de la motion le 23 mai 2018 ; elle a été retirée le 11 juin 2018. Le 15 août 2018, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Le Conseil des États a transmis le postulat au Conseil fédéral le 19 septembre 2018.

C'est pour les mêmes raisons que le Conseil fédéral a aussi proposé le rejet de la motion 18.3108 Merlini au contenu identique (*Harmonisation de la procédure en cas de violation des obligations d'annonce au sens de la LDét ou de l'OLCP*), déposée au Conseil national le 8 mars 2018. Le Conseil national a accepté cette motion le 5 mars 2020 (par 117 voix contre 68 et une abstention).

³ RS 142.203

⁴ RS 142.20

3 Procédure en cas de violation des obligations d'annonce selon le droit en vigueur

3.1 Aperçu des procédures d'annonce existantes

Contrairement à la *procédure d'autorisation et d'annonce* du droit des étrangers, qui est la règle, il existe dans quelques domaines du droit des étrangers une procédure *d'annonce* simplifiée pour l'exercice de certaines activités lucratives par des étrangers. Elle s'applique dans les cas où, s'il existe en principe un droit d'exercer une activité, il est nécessaire de l'annoncer à des fins de contrôle et pour des relevés statistiques. Dans la procédure d'annonce, le début des activités concernées ne présuppose donc pas qu'une demande a été préalablement avalisée.

Il existe une procédure d'annonce:

- pour les employeurs de travailleurs temporairement détachés en Suisse (art. 6 LDét et art. 6 de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse [ODét]⁵);
- pour les prestataires de services indépendants en cas de prestation de services jusqu'à 90 jours effectifs par année civile (art. 9, al. 1^{bis}, OLCP);
- pour les employeurs suisses qui engagent un travailleur au titre de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) pour une période n'excédant pas trois mois par année civile (art. 9, al. 1^{bis}, OLCP);
- pour les frontaliers en cas de changement d'emploi (art. 9, al. 3, OLCP);
- pour les frontaliers ressortissants d'un État non-membre de l'UE ou de l'AELE en cas de changement d'emploi après une activité lucrative continue de cinq ans (art. 13a de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, OASA)⁶;
- pour les employeurs de personnes admises à titre provisoire, d'apatrides ou de personnes qui ont obtenu l'asile en Suisse ou qui y ont été admises à titre provisoire comme réfugié (art. 31, al. 3, et 85a LEI et art. 61 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile⁷, LAsi);
- pour les personnes admises à titre provisoire et les apatrides ainsi que pour les personnes auxquelles la Suisse a accordé l'asile ou qui y ont été admises à titre provisoire comme réfugié, en cas d'activité lucrative indépendante (art. 31, al. 3, LEI; art. 61 LAsi et art. 65 OASA).

⁵ RS 823.201

⁶ RS 142.201

⁷ RS 142.31

3.2 Sanctions prévues par la LDét pour violation de l'obligation d'annonce

La LDét règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger dans le but de fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de cet employeur, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation (art. 1, al. 1, let. a, LDét) ou de travailler dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur (art. 1, al. 1, let. b, LDét). Elle règle également le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a du code des obligations (CO)⁸. La loi connaît en outre la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant pour le non-respect des conditions minimales de travail et de salaire par les sous-traitants (art. 1, al. 2, LDét).

Avant le début de la mission, l'employeur doit annoncer à l'autorité désignée par le canton et dans la langue officielle du lieu de la mission les indications nécessaires à l'exécution du contrôle (obligation d'annonce au sens de l'art. 6, al. 1, LDét). Le travail ne peut débuter que huit jours après l'annonce de la mission (art. 6, al. 3, LDét) pour que l'autorité dispose de suffisamment de temps pour se préparer afin que les contrôles éventuels puissent être exécutés de manière efficiente.

L'autorité cantonale compétente peut, en cas de violation de l'obligation d'annonce, prononcer à l'encontre de l'entreprise fautive une sanction administrative prévoyant le paiement d'un montant de 5000 francs au plus (art. 9, al. 2, let. a, LDét). Les sanctions administratives visées à l'art. 9 LDét forment le noyau du mécanisme d'exécution de la LDét. L'obligation d'annonce au sens de l'art. 6 LDét ne pourrait guère être appliquée sans les sanctions prévues⁹.

Le message du 1^{er} juillet 2015 concernant la modification de la LDét précise que les sanctions visées à l'art. 9, al. 2, LDét sont des sanctions administratives et non des sanctions pénales¹⁰. À la faveur de la modification du 30 septembre 2016 de la LDét¹¹, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017, le législateur a précisé le titre de l'art. 9 LDét, qui s'intitule depuis lors «Sanctions administratives» au lieu de «Sanctions», ce qui garantit une meilleure délimitation des dispositions concernées par rapport aux dispositions pénales de l'art. 12 LDét¹².

Par ailleurs, le renvoi à l'art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)¹³, qui figurait à l'art. 9, al. 2, let. a, LDét a été biffé car le droit administratif ne s'applique pas ici. Ce renvoi permettait aux autorités cantonales d'exécution, lorsque l'amende n'excédait pas 5000 francs et que les travaux d'enquête étaient disproportionnés, de se déporter de la poursuite et de condamner l'entreprise à une amende.

⁸ RS 220

⁹ Kurt Pärli, Handkommentar Entsendegesetz (EntsG) 2018; concernant l'art. 9 LDét, cf. ch. 9.

¹⁰ FF 2015 5359, 5367s

¹¹ RO 2017 2077

¹² FF 2015 5845, en partic. 5369

¹³ RS 313.0

3.3 Sanctions prévues par l'OLCP pour violation de l'obligation d'annonce

En vertu de son art. 2, l'OLCP s'applique aux ressortissants des États membres de l'Union européenne et aux ressortissants de la Norvège, de l'Islande et de la Principauté de Liechtenstein en tant que ressortissants des États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Les employeurs desdits ressortissants qui prennent un emploi dont la durée ne dépasse pas trois mois par année civile (et ne sont donc pas soumis à une autorisation) et les prestataires de services indépendants pendant 90 jours ouvrables au plus par année civile sont eux aussi soumis à une obligation d'annonce au sens de l'art. 6 LDét et de l'art. 6 ODét en vertu de l'art. 9, al. 1^{bis}, OLCP. Le salaire n'a pas à être communiqué. En cas de prise d'emploi sur le territoire suisse ne dépassant pas trois mois par année civile, l'annonce doit être faite au plus tard le jour précédant le début de l'activité.

Une violation de cette obligation d'annonce peut être punie d'une amende de 5000 francs au plus en vertu de l'art. 32a, al. 1, OLCP. La base légale de cette sanction figure à l'art. 120, al. 2, LEI, dans le chapitre 16 de la LEI régissant les dispositions pénales. En conséquence, l'art. 32a, al. 1, OLCP est une disposition pénale et non une sanction administrative prononcée par une autorité administrative comme la sanction au sens de la LDét. La poursuite relève donc des autorités de poursuite pénale. La peine est prononcée par ordonnance pénale (art. 352, al. 1, du code de procédure pénale [CPP]).

La modification du 20 septembre 2019 a complété l'art. 32a OLCP d'un second alinéa (en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2019), qui punit d'une amende les frontaliers qui omettent d'annoncer tout changement d'emploi (art. 9, al. 3, OLCP). Cette disposition pénale vise les employés (« frontaliers », art. 9, al. 3, OLCP) et non les employeurs.

3.4 Sanctions prévues dans la LEI pour violation de l'obligation d'annonce

Depuis le 1^{er} janvier 2019¹⁴, les réfugiés reconnus et les personnes admises à titre provisoire peuvent exercer une activité lucrative si celle-ci a été annoncée (art. 85a, al. 2, LEI) et si les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche sont respectées (art. 22 LEI). L'art. 61 LAsi a été adapté par analogie avec l'art. 85a LEI. À l'image des personnes admises à titre provisoire, les personnes qui ont obtenu l'asile en Suisse et celles qui ont été admises à titre provisoire comme réfugiés peuvent exercer une activité lucrative dans toute la Suisse. Les apatrides sont également soumis à la procédure d'annonce (art. 31, al. 3, et art. 61 LAsi).

En cas d'activité lucrative salariée, l'annonce incombe à l'employeur (art. 65, al. 2, OASA). En cas d'activité lucrative indépendante, l'annonce incombe à la personne concernée (art. 65, al. 3, OASA). L'un comme l'autre sont tenus d'annoncer préalablement le début et la fin de l'activité lucrative ainsi que les changements d'emploi à l'autorité du lieu de travail désignée par le canton. Ils doivent également confirmer qu'ils respectent les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. Ces règles permettent d'agir contre une éventuelle sous-enchère salariale et sociale. La déclaration entraîne automatiquement la permission d'exercer une activité lucrative.

¹⁴ RO 2018 3173

Le début et la fin de l'activité lucrative ainsi que les changements d'emploi doivent également être annoncés préalablement à l'autorité du lieu de travail désignée par le canton ; la procédure d'annonce est régie par l'art. 85a, al. 2 à 6, LEI. La violation de l'obligation d'annonce est punie d'une amende pénale (art. 120, let. f, LEI).

Depuis le 1^{er} novembre 2019¹⁵, les frontaliers ressortissants d'États tiers sont tenus d'annoncer, après une activité ininterrompue de cinq ans, tout changement d'emploi (art. 13a OASA). La violation de l'obligation d'annonce est punie d'une amende pénale jusqu'à 1000 francs (art. 90a OASA en relation avec l'art. 120, al. 2, LEI).

4 Résultat de la consultation

Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a consulté la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), la Conférence des procureurs de Suisse (CPS), la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) (CDEP), l'Association des services cantonaux de migration (ASM) et l'Association des offices suisses du travail (AOST) au sujet de l'harmonisation des sanctions. La consultation a duré du 11 mai au 5 juin 2020.

La CCDJP et la CDEP approuvent l'orientation donnée au projet de rapport sur l'harmonisation des sanctions. Elles attirent toutefois l'attention sur la réserve émise par l'ASM, selon laquelle la mise en œuvre du postulat pourrait créer des inégalités de traitement matériellement injustifiées, qu'il y a lieu d'éviter. Par ailleurs, la CCDJP et la CDEP renvoient à la prise de position de l'AOST concernant les conséquences administratives de l'harmonisation envisagée. La CPS adhère au projet de rapport et est d'accord avec les conclusions qui y sont tirées.

L'ASM signale que la grande majorité de ses membres ne sont que marginalement concernés par l'harmonisation proposée vu qu'ils ne prononcent aucune sanction administrative ou pénale. Nonobstant cette réserve, ils soutiennent la simplification et l'uniformisation des procédures. Plusieurs services cantonaux de migration relèvent toutefois deux inconvénients majeurs :

- Premièrement, la violation de l'obligation d'annonce concernant l'activité lucrative de personnes admises à titre provisoire et de réfugiés reconnus continuerait d'être sanctionnée dans le cadre d'une procédure pénale. Or il faut éviter à tout prix, lors de la mise en œuvre du postulat, de créer des inégalités de traitement matériellement injustifiées. Si ces inégalités ne peuvent être évitées, il vaudrait mieux maintenir la situation juridique actuelle.
- Deuxièmement, l'abandon de la procédure pénale actuelle au profit de sanctions administratives aurait des inconvénients concernant la durée des procédures. En effet, les amendes pénales peuvent être infligées sur le champ en cas de violation de l'obligation d'annonce, avec le concours de la police et des autorités de poursuite pénale, et ce, en respectant les étapes de procédure (droit d'être entendu, audition, ordonnance pénale), tandis que les procédures de sanction administrative prennent régulièrement beaucoup plus de temps en raison des problèmes

¹⁵ RO 2019 3041

connus (par ex., entreprises fictives, adresses d'entreprise incorrectes ou changeantes, courrier non distribuable, transmission fastidieuse d'actes de procédure à l'étranger conformément au droit).

L'AOST souscrit à l'harmonisation des sanctions visée par le postulat, même si cela implique un travail supplémentaire pour les autorités cantonales du marché du travail. Elle est également favorable à ce que la violation de l'obligation d'annonce des employeurs concernant l'activité lucrative de personnes admises à titre provisoire, d'apatrides ou de réfugiés reconnus soit convertie en sanction administrative. Toutefois, l'AOST craint que les procédures administratives soient allongées, que les charges administratives augmentent et que les autorités éprouvent des difficultés à effectuer des contrôles.

5 Sanctions administratives

Les sanctions administratives peuvent fortement toucher les droits des personnes concernées¹⁶. Les garanties générales de procédure visées aux art. 29, 29a et 30 de la Constitution fédérale (Cst.)¹⁷ s'appliquent aux sanctions administratives. Parmi ces garanties figurent notamment le droit à voir sa cause traitée équitablement dans la procédure, le principe de célérité, le droit d'être entendu, l'assistance judiciaire gratuite, la garantie de l'accès au juge ou encore, lors d'un litige, le droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal indépendant et impartial. Sont également applicables les garanties de procédure (découlant de la procédure pénale) visées à l'art. 6, par. 1 à 3 (droit à un procès équitable, notamment interdiction de s'auto-incriminer et présomption d'innocence) et à l'art. 7 (pas de peine sans loi) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁸, pour autant que les sanctions administratives puissent être qualifiées d'« accusations en matière pénale »¹⁹. Pour juger si la sanction revêt un caractère pénal, la Cour européenne des droits de l'homme recourt aux « critères Engel »²⁰.

Ces critères incluent: (1) la qualification de l'acte en droit national, (2) la nature du délit et (3) la nature et la gravité de la sanction²¹. Les critères sont alternatifs, c.-à-d. qu'il suffit qu'un critère soit rempli. La qualification de la sanction en droit national a un poids relatif. Le fait que la sanction soit rangée dans le droit administratif n'exclut donc pas l'application des garanties de droit procédural prévues dans la CEDH²². Dans son ATF 140 II 384, le Tribunal fédéral (TF) estime qu'une sanction administrative infligée en vertu de la législation sur les maisons de jeu entre dans le champ d'application des garanties de droit procédural visées à l'art. 6, par. 1, CEDH. Il a précisé que l'on était en présence d'une accusation en matière de droit pénal au sens de l'art. 6 CEDH dès lors qu'une mesure étatique relève du droit pénal en vertu du droit national ou que la nature de l'infraction ou le type et la gravité de l'infraction ou de la

¹⁶ Janina Aufrichtig, *Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts*, in: LeGes 29 (2018) 1, ch. 11.

¹⁷ RS 101

¹⁸ RS 0.101. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) a été approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974 et elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974.

¹⁹ Tobias Jaag, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK*, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel, Zurich, Bâle, Genève 2002, p. 166; Christoph Errass, *Carrier Sanctions als Beispiel ausgelagerter und exterritorialer Grenzkontrolle und als Beispiel von Verwaltungssanktionen*, in: *Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen*, 2018, p. 179–214, en partic. p. 208; Janina Aufrichtig, *Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts*, in: LeGes 29 (2018) 1, ch. 11.

²⁰ Janina Aufrichtig, *Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts*, in: LeGes 29 (2018) 1, ch. 13; arrêt CEDH, *Engel c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71, § 8 ss

²¹ Arrêt CEDH, *Engel et. a. c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, n° 5100/71 etc., § 82.

²² Arrêt CEDH *Grande Stevens c. Italie* du 4 mars 2014, n° 18640/10, § 94 et 95.

sanction présentent un caractère pénal. Dans l'ATF 139 I 72, le Tribunal fédéral a considéré que les sanctions prononcées en vertu de la législation sur les cartels avaient un caractère de droit pénal au sens de l'art. 6 CEDH.²³

Dans la pratique, la délimitation entre sanctions administratives et sanctions pénales est délicate. Qui plus est, lorsque les sanctions administratives constituent des accusations en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH, des incertitudes peuvent subsister quant à l'étendue des droits et devoirs en matière procédurale. Ces incertitudes ont ensuite des répercussions sur la possibilité d'exploiter plus tard des moyens de preuve lors d'une procédure de sanction administrative ou pénale. Si les garanties de droit procédural visées à l'art. 6 CEDH s'appliquent pleinement dans le droit pénal primaire, il n'en va pas de même Dans les marges du droit pénal ou le droit quasi pénal dans les marges du droit pénal ou le droit quasi pénal, dans lesquels un certain nombre de concessions peuvent être admises (p. ex. le fait que les sanctions administratives soient d'abord prononcées par une autorité administrative²⁴). Cependant, un rééquilibrage, en fonction des cas et de la pratique, des obligations de collaborer régies par le droit administratif et des garanties de droit procédural ne contribuerait pas à la sécurité du droit.

Compte tenu de la portée des sanctions administratives dans le droit suisse, il était urgent de clarifier les choses sur le plan juridique. C'est pourquoi le Conseil fédéral a été chargé, dans le cadre du postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} novembre 2018 (18.4100 « Régime général de sanctions administratives pécuniaires »), d'examiner les solutions envisageables pour introduire en droit suisse un régime général de sanctions administratives pécuniaires avec les garanties juridiques nécessaires. Ce postulat faisait suite aux délibérations sur la révision totale de la loi sur la protection des données (17.059)²⁵. Le 19 décembre 2018, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, ce que le Conseil national a fait le 4 mars 2019. L'Office fédéral de la justice a été chargé d'effectuer les travaux. Le rapport du Conseil fédéral doit être adopté durant l'été 2021.

6 Conclusions

Le Conseil fédéral prend acte du fait que les autorités d'exécution approuvent le principe d'une harmonisation des sanctions en cas de violation des obligations d'annonce. Il soutient cette démarche, pour autant qu'il permette d'assurer que les garanties procédurales nécessaires soient respectées comme il se doit. Le Conseil fédéral va donc attendre le résultat des débats menés au Parlement sur le rapport en réponse au postulat 18.4100 « Régime général de sanctions administratives pécuniaires » avant de décider si et comment les sanctions pour violation de l'obligation d'annonce peuvent être harmonisées.

* * *

²³ Jeremias Fellmann, Luzia Vetterli, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungssanktionen?, in: *forumpoenale* 1/2015 p. 43–49, en partic. p. 44.

²⁴ Meier-Ladewig, Nettesheim, Raumer, EMRK – Handkommentar, 4^e édition, 2017, concernant l'art. 6 CEDH, cf. ch. 30.

²⁵ Communiqué de presse du 16 août 2019 « Réforme de la protection des données : fin de l'examen du projet », disponible sur www.parlament.ch > Services > Actualités (site consulté le 1.10.2020).