



Rapport explicatif sur la responsabilité du sous-traitant

Consultation des associations concernées et des cantons sur respectivement la modification et l'introduction d'une responsabilité du sous-traitant dans le cadre des mesures d'accompagnement à l'accord sur la libre circulation des personnes et dans le droit des marchés publics de la Confédération

Table des matières

1	Mandat de la CER-CE à l'administration	3
2	Contexte	3
3	Mesures supplémentaires	4
4	Variantes pour une responsabilité du sous-traitant.....	6
4.1	Variantes possibles responsabilité du sous-traitant dans la Ldét	7
4.2	Commentaires de chaque variante	8
4.2.1	Variante minimale	8
4.2.2	Variante intermédiaire I	9
4.2.3	Variante intermédiaire II	10
4.2.4	Variante maximale.....	11
5	Répercussions économiques	11
5.1	Généralités	11
5.2	Analyse coût-bénéfices.....	12
5.2.1	Bénéfices	12
5.2.2	Coût	13
6	Aspects juridiques / Question de la discrimination	15
7	Variantes de responsabilité solidaire dans la loi fédérale sur les marchés publics.....	16
7.1	Généralités	16
7.2	Variantes	17
7.3	Conséquences pour les acteurs des marchés publics.....	17
7.4	Aspects juridiques.....	18
8	Suite de la procédure	18

1 Mandat de la CER-CE à l'administration

A l'occasion des débats sur le projet de révision partiel de la loi sur les travailleurs détachés¹ (loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes) menés au sein des commissions de l'économie et des redevances du Conseil national et du Conseil des Etats (CER-CN et CER-CE), la question d'une responsabilité solidaire² de l'entrepreneur contractant quant au respect des conditions de travail et de salaire par les sous-traitants a aussi fait l'objet de discussions. Se basant sur la réglementation en vigueur dans la loi sur les travailleurs détachés (Ldét ; RS 823.20), la CER-CN a proposé au Conseil de renforcer la responsabilité solidaire et d'introduire une nouvelle réglementation dans le droit des marchés public de la Confédération ; de son côté, la CER-CE a proposé de séparer cette question du projet de révision du Conseil fédéral, afin de ne pas retarder l'adoption de mesures visant à lutter contre l'indépendance fictive.

Les deux chambres ont décidé lors de la session d'été 2012 de séparer la question de la responsabilité solidaire et de reprendre les débats en automne 2012. Conformément au mandat de la CER-CE du 20 mars 2012, l'administration soumettra à la commission à la mi-août des variantes de réglementation législative dans la Ldét et la loi sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1). Elle élaborera en outre un rapport sur les conséquences économiques et les questions juridiques en la matière.

Le présent rapport expose dans le cadre d'une consultation informelle des cercles intéressés différentes variantes de réglementation législative pour la Ldét et la LMP et présente une évaluation des conséquences économiques. Il aborde également les aspects juridiques en lien avec l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE (ALCP ; RS 0.142.112.681).

2 Contexte

L'article 5 Ldét en vigueur prévoit, aujourd'hui déjà, une responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant envers ses sous-traitants ayant leur siège à l'étranger (cf. variante minimale; chapitre 4.1). L'entrepreneur contractant peut s'exonérer de sa responsabilité simplement en obligeant contractuellement le sous-traitant à respecter la Ldét ; cet engagement ne requiert pas la forme écrite. Jusqu'à présent, l'administration n'a toutefois pas connaissance de cas dans lequel l'entrepreneur contractant a dû répondre du sous-traitant pour le non-respect des conditions de travail et de salaire. Une chose est toutefois sûre : la réglementation actuelle ne permet pas de lutter de manière assez efficace contre les infractions aux conditions de travail et de salaire.

Récemment, l'exigence d'une responsabilité solidaire (renforcée) a été formulée à plusieurs reprises. Ainsi, lors de la procédure de consultation relative à la Ldét menée en 2011, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), certains partis politiques ainsi que différentes associations du côté des employés ont demandé que les moyens de contrer efficacement les structures de sous-traitance à plusieurs échelons dans le but de contraindre plus fortement l'entrepreneur général à remplir ses obligations fassent l'objet d'un examen ; dans ce contexte, certains participants ont demandé l'introduction d'une responsabilité solidaire générale.

Actuellement, deux interventions parlementaires qui demandent à ce que l'introduction d'une responsabilité solidaire pour les prestataires privés et publics soit examinée sont pendantes.

¹ FF 2012 3161

² La réglementation en vigueur dans la loi sur les travailleurs détachés prévoit une forme de responsabilité solidaire. Les différentes variantes de responsabilité discutées plus loin ne correspondent pas à une responsabilité solidaire au sens juridique du terme.

Dans le cadre de son évaluation de la surveillance et des effets des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a transmis au Conseil fédéral un postulat³ qui l'invite notamment à approfondir la problématique des chaînes de sous-contractants. Le 18 janvier 2012, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat en question.

La CER-CN a en outre adopté la motion du 8 novembre 2011 (11.4040 Fin des abus en matière de sous-traitance et de dumping salarial) qui chargeait le Conseil fédéral de lutter contre la sous-enchère salariale dans les chaînes de sous-contractants lors de l'attribution de mandats publics. Dans son avis du 2 mars 2012, le Conseil fédéral a estimé « [...] que le phénomène devrait être étudié d'un point de vue général, et pas uniquement sous l'angle des marchés publics ».

Les questions soulevées dans les interventions seront traitées lors de la reprise des débats parlementaires sur la responsabilité solidaire en automne 2012.

3 Mesures supplémentaires

L'attribution de mandats à des sous-traitants est une pratique courante dans certaines branches. Elle permet une spécialisation des entreprises concernant des activités déterminées et une meilleure répartition du travail. L'ouverture et la flexibilisation des marchés, ainsi que le renforcement de la concurrence qui en découle ont modifié la situation lors de la prospection et l'exécution de mandats ; l'attribution accrue de mandats à des sous-traitants en est un exemple.

L'introduction de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE (ALCP) a permis d'attribuer des mandats à des prestataires de services étrangers pour une durée allant jusqu'à 90 jours par année civile, sans devoir prouver que les travaux n'auraient pas pu être effectués par des travailleurs indigènes et que les conditions de travail en vigueur en Suisse sont respectées. L'introduction de l'ALCP en Suisse a donc été assortie de mesures d'accompagnement, notamment dans le but d'amener les entreprises étrangères actives en Suisse à respecter les salaires usuels en vigueur dans la branche et la localité. Cette solution doit permettre d'accroître la concurrence, tout en garantissant que les entreprises étrangères ne pratiquent pas de sous-enchère par rapport aux conditions de travail usuelles en Suisse.

Depuis l'introduction de la libre circulation des personnes, le nombre de mandats attribués à des entreprises provenant des Etats membres de l'UE a réellement augmenté. Une partie de ces mandats est attribuée directement par le destinataire de la prestation (par exemple le maître d'ouvrage qui engage un installateur de cuisine) et une partie l'est par des entreprises indigènes. Alors que le nombre total de travailleurs détachés qui ont été annoncés pour une mission d'une durée maximale de 90 jours s'élevait à près de 35 000 en 2005, ce chiffre est passé à environ 66 000 en 2011. La plupart d'entre eux sont actifs dans le second-œuvre de la construction (2005 : 17 900 ; 2011 : 28 400), les activités manufacturières (2005 : 5000 ; 2011 : 11 400) et le secteur principal de la construction (2005 : 5200 ; 2011 : 7300).

La sous-traitance présente différents avantages. Elle permet par exemple d'augmenter la capacité de production (et notamment de générer une flexibilité adaptée à la demande, comme demandé souvent dans le secteur de la construction par exemple), de se spécialiser dans une étape de production tout en en déléguant une autre à un prestataire plus efficace dans le but d'économiser des frais. En d'autres termes, l'attribution d'un mandat à un sous-traitant peut être due à une volonté d'étoffer la capacité de production, de se spécialiser ou d'économiser des coûts. Le recours croissant à la sous-traitance pourrait avoir contribué à

³ Postulat de la CdG-N du 21 octobre 2011 (11.4055 Mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes. Postulat 1 "Examen d'une solution législative" pour combler des lacunes juridiques dans ce domaine).

améliorer l'efficacité des activités économiques. Avec l'introduction progressive de la libre circulation des personnes, les possibilités d'attribuer des mandats à des sous-traitants se sont étendues aux entreprises provenant des Etats membres de l'UE. L'élargissement de l'offre et l'augmentation de la concurrence y relatives ont eu des effets positifs pour la demande en Suisse sous forme de prix avantageux et/ou d'augmentation de la qualité.

Par contre, si l'octroi de mandats à des entreprises étrangères n'a pour seul but la pratique d'une sous-enchère par rapport aux salaires usuels ou contraignants en Suisse, la sous-traitance engendre un désavantage économique pour les entreprises indigènes qui, elles, doivent respecter les salaires prescrits par les conventions collectives de travail dont le champ d'application a été déclaré de force obligatoire (CCT étendue). Dans ce contexte, les mesures d'accompagnement visent à faire respecter les conditions de travail en vigueur en Suisse par les prestataires de services étrangers, dans le but d'éviter une distorsion de la concurrence et de veiller à ce que les CCT suisses ne soient pas contournées.

Sans une uniformité des conditions de travail, la sous-traitance peut engendrer des inégalités entre les travailleurs et favoriser une dégradation des conditions générales de travail, l'entrepreneur contractant n'étant pas directement responsable des conditions de travail et de salaires des travailleurs des sous-traitants. Cette problématique se pose notamment lorsqu'un mandat est transmis à un prestataire de services ayant son siège à l'étranger (Europe). De nombreux Etats membres de l'UE connaissent des salaires inférieurs à la Suisse, raison pour laquelle des allocations de détachement sont prévues pour les missions en Suisse, dans le but d'adapter les salaires des travailleurs détachés à la structure suisse des salaires. Le versement de ces allocations permet aux prestataires de services étrangers de respecter les salaires minimaux en vigueur en Suisse.

Dans le cadre de leurs activités, les organes de contrôle et les autorités du marché du travail constatent que les structures de sous-traitance à plusieurs échelons sont notamment toujours plus répandues dans le second-œuvre de la construction. C'est dans ce secteur également que l'on trouve la plupart des prestataires de services soumis à l'obligation d'annonce (travailleurs détachés et indépendants)⁴.

La Ldét prévoit déjà différentes mesures visant à faire respecter les conditions minimales de travail et de salaire aux employeurs étrangers. Outre les peines conventionnelles, les frais de contrôle et les amendes administratives en cas d'infraction, certaines branches du second-œuvre de la construction⁵ demandent depuis 2011 le versement d'une caution prévue dans des CCT étendues. Ces cautions permettent de couvrir les prétentions des commissions paritaires (CP) en ce qui concerne les peines conventionnelles, les frais de contrôle et les contributions aux frais d'exécution. Elles ne peuvent toutefois pas servir à couvrir les prétentions salariales des travailleurs.

Certes, le système actuel permettant de garantir et de faire respecter des obligations prescrites par la Ldét dans un contexte transfrontalier est solide. Cependant, l'expérience a montré qu'il est difficile de faire exécuter les salaires minimaux lorsque des infractions commises par des entreprises détachant des travailleurs à l'encontre des conditions impératives de travail et de salaire sont constatées. Il est aussi particulièrement ardu de faire valoir les prétentions prévues par les CCT étendues visant à faire respecter les conditions de travail et de salaire lorsque des infractions sont constatées. En introduisant une responsabilité solidaire pour l'entrepreneur contractant, ce dernier serait tenu de répondre du respect des conditions de travail et de salaire lors de la transmission d'un mandat à un sous-traitant. De ce point de

⁴ Cf. rapport du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) du 27 avril 2012 sur la « Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE », p. 13s. et 47.

⁵ Des cautions obligatoire sont prévues dans les branches et industries suivantes: toitures et façades, installations électriques, jardinerie, techniques du bâtiment, échafaudage, plâtriers, isolation, peinture, métal, carrelage, pose de sols et de parquets. Dans la plupart des branches, la caution n'est pas étendue pour tout le territoire suisse. La caution obligatoire ne s'applique ainsi en partie que dans un canton de mission.

vue, le principe de responsabilité solidaire viendrait compléter les mesures en vigueur, même s'il convient de bien en mesurer les bénéfices et le coût (cf. chapitre 5).

Si une responsabilité solidaire ou une responsabilité du sous-traitant devait être introduite, elle devrait contribuer à faire exécuter les salaires en vigueur dans la branche et la localité, tout en permettant aux entreprises de se répartir les travaux, une pratique qui leur permet d'améliorer la capacité de production.

4 Variantes pour une responsabilité du sous-traitant

Selon l'objectif visé et le point de vue, la réglementation législative en matière de responsabilité solidaire peut être plus ou moins rigide. Face aux tensions qu'engendrent le souci d'une meilleure protection des travailleurs et la sauvegarde des intérêts de l'entrepreneur à jouir d'une liberté contractuelle aussi grande que possible, il convient d'apprécier en particulier les aspects suivants :

- **objet de la responsabilité** : la responsabilité peut se limiter *aux conditions minimales de travail et de salaire* mentionnées à l'art. 2, al. 1, let. a - f, Ldét ou englober également des prétentions de tiers envers l'employeur telles que les charges sociales et les impôts ou les prétentions des CP en matière de peines conventionnelles, de contributions aux frais d'exécution et de frais de contrôle ;
- **étendue de la responsabilité** : la responsabilité peut se limiter aux rapports entre l'entrepreneur et son *sous-traitant direct* ou s'étendre à tous les autres sous-traitants appartenant à la même chaîne contractuelle (*responsabilité en chaîne*). Conformément à la manière dont le Conseil fédéral interprète l'art. 5 Ldét en vigueur, la responsabilité ne vaut que pour le lien direct entre l'entrepreneur contractant et son sous-traitant, autrement dit la responsabilité solidaire « migre » avec la transmission du mandat. Si le sous-traitant confie de son côté le mandat à un autre sous-traitant, le premier sous-traitant devient l'entrepreneur contractant et répond des prétentions émises à l'encontre du sous-sous-traitant au titre de l'art. 5 Ldét ;
- **domaine d'activité** : le domaine d'activité peut englober tout type de prestations de services ou seulement certaines branches plus à risque telles que les secteurs de *la construction, du génie civil et du second œuvre*. Selon le champ d'application de la Ldét, seules les conditions minimales de travail et de salaire prévues par les CCT déclarées de force obligatoire, les contrats-types de travail (CTT) et les lois peuvent faire l'objet d'une responsabilité solidaire ou d'une responsabilité du sous-traitant (art. 2, al. 1, Ldét), mais pas les salaires usuels dans la branche et la localité ;
- **type de responsabilité** : la responsabilité peut prendre la forme d'une *responsabilité causale* (c'est-à-dire uniquement liée à la qualité d'entrepreneur contractant, sans considérer la faute de ce dernier) ou d'une *responsabilité pour faute*. La faute ne porte pas directement sur le non-respect des conditions de travail et de salaire, mais sur un manquement au devoir de diligence lors de l'octroi du mandat pour ce qui touche au respect des conditions de travail ;
- **possibilité d'exonération** : la responsabilité pour le non-respect des conditions de salaire par le sous-traitant pourrait prévoir une possibilité d'exonération. Le mandant pourrait par exemple être tenu de prouver qu'il a bien rempli son *devoir de diligence*, dont l'étendue peut aller d'un simple engagement contractuel du sous-traitant à respecter les conditions minimales de travail et de salaire à la *preuve* du contrôle matériel des conditions de travail au moyen de décomptes de salaire, etc. ;
- **solidarité ou subsidiarité** : la responsabilité peut prendre la forme d'une responsabilité solidaire au sens de l'art. 144 CO (le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation) ou d'une « responsabilité pour le découvert », par analogie à l'art. 495, al. 3, CO, à savoir que la caution

ne répond que pour la perte définitive subie par le créancier lorsque le débiteur principal ne peut pas être poursuivi ou est insolvable ;

- **champ d'application matériel** : la responsabilité peut se rapporter à *des prestations de services transfrontalières* (employeur ayant son siège à l'étranger) ou aussi à des mandats en Suisse. Ce point soulève dans le cadre de nos obligations contractuelles découlant de l'ALCP la question d'une éventuelle *discrimination* des prestataires de services étrangers dans le cas où la responsabilité est limitée au détachement de travailleurs de l'étranger.

4.1 Variantes possibles responsabilité du sous-traitant dans la Ldét

Sur la base de ces différents aspects, quatre variantes classées en fonction du degré de responsabilité sont proposées ci-après. Les projets de loi correspondants figurent dans l'annexe. La Ldét a été introduite pour les prestataires de services provenant de l'étranger. Sur la base du texte de loi existant (art. 5 Ldét), les variantes présentées prévoient uniquement de concerner les prestataires de services étrangers. Une responsabilité du sous-traitant pourrait cependant aussi intégrer des entreprises suisses (cf. chapitre 7.4).

Variante minimale

La forme la plus souple prévoit une responsabilité directe entre l'entrepreneur contractant et son sous-traitant uniquement. L'entrepreneur contractant peut s'exonérer de sa responsabilité en obligeant par contrat écrit le sous-traitant à respecter les conditions minimales de travail et de salaire. Cette forme de responsabilité solidaire ne devrait s'appliquer qu'aux mandats attribués à des sous-traitants étrangers. Elle se limite aux conditions de travail et de salaire, mais s'applique à toutes les formes de prestations. L'entrepreneur contractant peut en outre se voir infliger une amende administrative en cas de violation de ses obligations, conformément à la loi sur les travailleurs détachés. Cette variante reflète dans l'ensemble l'article 5 Ldét en vigueur, auquel s'ajoute la forme écrite de l'engagement et l'obligation de fournir une preuve du contrat sur le lieu de mission.

Variante intermédiaire I

Les variantes intermédiaires peuvent prendre de nombreuses formes. Celle-ci prévoit une responsabilité directe, mais uniquement liée à une faute. En d'autres termes, l'entrepreneur contractant peut s'exonérer de sa responsabilité en remplissant son devoir de diligence. Pour ce faire, il doit demander à son sous-traitant de lui prouver de manière crédible, sur la base de documents et de justificatifs, qu'il respecte bien les conditions de salaire et de travail. Afin de limiter le risque de responsabilité, cette variante ne propose qu'une responsabilité subsidiaire, c'est-à-dire que l'entrepreneur contractant n'est responsable des prétentions des travailleurs uniquement si le sous-traitant a été préalablement poursuivi sans succès ou qu'il ne peut pas l'être. Cette forme de responsabilité n'existe que pour les sous-traitants étrangers et se limite aux prestations de services transfrontalières dans les domaines de la construction, du génie civil et du second œuvre. L'entrepreneur contractant peut en outre se voir infliger les sanctions administratives prévues à l'article 9 Ldét.

Variante intermédiaire II

Une autre variante intermédiaire prévoit une responsabilité en chaîne, combinée à une responsabilité pour faute et à une possibilité d'exonération en cas d'accomplissement du devoir de diligence comme pour la variante intermédiaire I. Conformément à la responsabilité en chaîne, l'entrepreneur contractant est responsable pour tous les sous-traitants, mais dans ce cas son rôle est subsidiaire à celui du sous-traitant fautif, comme pour la variante intermédiaire I. Contrairement à cette dernière, la variante intermédiaire II n'englobe pas uniquement les conditions de travail et de salaire, mais aussi les peines conventionnelles au sens de l'art. 2, al. 2^{quater}, Ldét. La responsabilité s'applique uniquement aux sous-traitants étrangers et se limite aux domaines de la construction, du génie civil et du second œuvre.

Variante maximale

La forme la plus rigide prévoit une responsabilité en chaîne pour chaque sous-traitant impliqué, combinée à une responsabilité causale, c'est-à-dire sans possibilité d'exonération après l'accomplissement du devoir de diligence. Dans ce cas, l'entrepreneur contractant est solidairement responsable, c'est-à-dire au même titre que l'employeur et non subsidiairement à ce dernier. Cette variante se limite aux mandats attribués à des sous-traitants étrangers.

Comme la variante intermédiaire II, cette forme de responsabilité englobe les salaires minimaux et les peines conventionnelles, mais elle s'applique par contre à toutes les branches.

4.2 Commentaires de chaque variante

Toutes les variantes prévoient de limiter la responsabilité aux mandats octroyés à des sous-traitants étrangers ; toutefois, la limitation de la responsabilité à des prétentions exprimées à l'encontre d'entreprises étrangères détachant des travailleurs pourrait être considérée par l'UE comme une discrimination envers les entreprises européennes. Cependant, cette mesure peut aussi être considérée comme un instrument proportionnel pour faire exécuter les prescriptions salariales en vigueur en Suisse. Celles-ci peuvent être exécutées plus facilement vis-à-vis des entreprises indigènes mais par contre pas vis-à-vis des entreprises étrangères. La situation actuelle pourrait par conséquent favoriser l'attribution de mandats à l'étranger. Selon les commentaires des organes d'exécution des mesures d'accompagnement, qui font souvent part de leurs difficultés à faire valoir des prétentions à l'encontre d'entreprises étrangères, il est par conséquent justifié d'introduire une responsabilité solidaire limitée aux mandats confiés à des sous-traitants étrangers.

Une application de la responsabilité solidaire aux entreprises suisses et étrangères permettrait à un entrepreneur contractant devant répondre de prétentions à l'encontre d'un sous-traitant suisse de faire valoir à nouveau ces prétentions auprès du sous-traitant suisse (avec une probabilité de réussite élevée). Ainsi, il ne risquerait en principe pas de devoir répondre en plus du versement de salaires impayés ou du paiement d'éventuelles amendes. Par contre, une application non discriminatoire de la responsabilité solidaire engendrerait une charge de travail administrative supplémentaire inutile pour l'entrepreneur contractant qui souhaite transmettre un mandat à une entreprise suisse. Sans compter que le sous-traitant devrait éventuellement supporter des charges administratives, par exemple sous la forme d'une certification, élaborée à cette effet, qui atteste de son comportement correct.

4.2.1 Variante minimale

La variante minimale prévoit uniquement une responsabilité entre l'entrepreneur contractant et son sous-traitant direct, dans la mesure où un engagement contractuel à respecter les conditions de salaire ne peut être conclu qu'entre les parties directement impliquées. Dès lors, la responsabilité de l'entrepreneur ne concerne pas les autres sous-traitants (en relation verticale). De son côté, le sous-traitant répond des prétentions exprimées à l'encontre de son sous-sous-traitant direct. Cette variante correspond à la forme de responsabilité prévue à l'art. 5 Ldét. Si l'entrepreneur contractant omet d'exiger de son sous-traitant un engagement contractuel à respecter les conditions de travail et de salaire, il s'expose à une sanction administrative au titre de l'art. 9 Ldét. Le droit en vigueur consacre en effet déjà cette possibilité de sanctionner l'entrepreneur contractant (art. 5, al. 2, Ldét).

L'entrepreneur contractant peut s'exonérer de sa responsabilité moyennant une charge administrative de faible ampleur. Toutefois, l'expérience a montré que cette forme de responsabilité solidaire, notamment appliquée à des entreprises détachant des travailleurs, n'a que peu d'influence sur la responsabilité de l'entrepreneur contractant en matière de respect des conditions de travail et de salaire.

4.2.2 Variante intermédiaire I

La forme la plus souple de la variante intermédiaire prévoit un devoir de diligence de la part de l'entrepreneur contractant combiné à une possibilité d'exonération. Pour remplir son devoir de diligence, il devrait contrôler (préalablement) la conformité des conditions de travail et de salaire de tous les travailleurs employés par le sous-traitant aux conditions minimales en vigueur dans la branche de mission ; cette variante prévoit toutefois une limitation de la responsabilité au sous-traitant direct. Elle engendrerait une charge administrative et augmenterait le coût de la transmission d'un mandat. Le devoir de diligence étant lié au moment de l'attribution du mandat, il permet une vérification préalable du respect des conditions minimales. Durant et après l'exécution des travaux, les organes de contrôle sont compétents pour vérifier le respect des conditions de travail et de salaire ; cette tâche ne devrait pas incomber à l'entrepreneur contractant. Si le sous-traitant ne respecte a posteriori pas les conditions de travail et de salaire qu'il a déclarées à l'entrepreneur contractant, ce dernier ne peut pas en être tenu pour responsable.

La responsabilité passera au sous-traitant si celui-ci transmet le mandat plus loin, et c'est à ce dernier qu'il appartiendra de répondre du non-respect des conditions de travail et de salaire par le sous-sous-traitant. Or, si le sous-traitant responsable a son siège à l'étranger, l'exécution de la responsabilité est incertaine dans la mesure où il faudrait qu'elle soit reconvenue par le pays d'origine ou que le sous-traitant puisse être poursuivi à l'étranger. Par conséquent, il existe que le risque que la responsabilité soit contournée par l'interposition d'un sous-traitant étranger dans la chaîne contractuelle.

En cas de violation du devoir de diligence, une amende administrative pourra être infligée en vertu de l'art. 9 Ldét ; la sanction comprend également les frais de contrôle (cf. art. 9, al. 2, let. c, Ldét). Toutefois, cette disposition ne s'applique pas lorsque les frais de contrôles ont déjà été infligés à l'employeur fautif sur la base d'une CCT étendue (art. 7, al. 4^{bis}, Ldét).

Sanctionner une violation du devoir de diligence par une amende conformément à l'article 9 pose certaines questions procédurales. Ainsi, il n'incombera pas aux organes de contrôle actifs dans le cadre de la Ldét de vérifier que l'entrepreneur contractant remplisse bien son devoir de diligence. En effet, même si les organes de contrôle sont tenus de signaler aux autorités cantonales toute infraction à la Ldét, l'entrepreneur contractant n'est pas tenu de leur fournir des renseignements. Dans ce contexte, il devrait incomber aux autorités cantonales de demander à l'entrepreneur contractant de prouver qu'il accomplit bien son devoir de diligence, par exemple dans le cadre du signalement d'une infraction aux conditions minimales. De ce point de vue, la variante minimale (par rapport à la variante intermédiaire I) s'avère la plus efficace, car elle requiert de l'entrepreneur contractant qu'il prouve aux organes de contrôle sur le lieu de mission l'accomplissement de son devoir de diligence sur la base d'un contrat écrit.

L'entrepreneur contractant est tenu de prouver qu'il accomplit bien son devoir de diligence. Le fardeau de la preuve qui incombe à l'entrepreneur contractant fait foi autant dans le cadre d'une procédure civile pour faire valoir sa responsabilité que lors d'une procédure de droit administratif pour lui infliger une sanction. La sanction administrative peut être prononcée indépendamment d'une décision de droit civil. Si aucune procédure civile n'est en cours ou déjà terminée, le respect du devoir de diligence doit faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une procédure administrative. Toutefois, l'examen de questions de droit civil dans le domaine de l'exécution de la Ldét n'a rien de nouveau. En effet, lorsque des infractions aux conditions de travail et de salaires sont signalées, les autorités administratives examinent aussi ces questions dans le cadre d'une procédure administrative.

Cette forme de responsabilité se limite aux prestations de services transfrontalières dans les domaines de la construction, du génie civil et du second œuvre, tels que définis à l'article 5 de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét ; RS 823.201). Ainsi, les entreprises qui n'exécutent pas leurs travaux sur les chantiers, dans les bâtiments ou dans leur environnement n'appartiennent pas au second œuvre. Cette distinction pourrait notamment

être importante dans les domaines de l'artisanat du métal et de la menuiserie. Le Commentaire du SECO sur les mesures d'accompagnement contient une liste des CCT qui font partie du second œuvre de la construction⁶ (cf. commentaire sur l'art. 5 Odét). La transmission de mandats est particulièrement répandue dans les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre. Et c'est surtout dans ces secteurs que les organes d'exécution des mesures d'accompagnement signalent des problèmes avec des sous-traitants ne respectant pas les conditions minimales ; ceci justifie une limitation de la responsabilité solidaire aux secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre, même si cette pratique semble gagner en importance dans d'autres branches, comme le nettoyage. Ni la branche ni les organes d'exécution concernés n'ont cependant signalé d'abus dans ce domaine.

4.2.3 Variante intermédiaire II

Cette variante combine une responsabilité en chaîne avec une possibilité d'exonération moyennant la preuve que le devoir de diligence a bien été accompli. Combinée à une responsabilité en chaîne, cette possibilité d'exonération en cas d'accomplissement du devoir de diligence nécessite que l'entrepreneur contractant soit impérativement informé de toute transmission d'un mandat par un sous-traitant. Parallèlement, cela signifie aussi que l'entrepreneur contractant doit vérifier les conditions de travail et de salaires pour chaque transmission supplémentaire, ceci dans l'optique de remplir son devoir de diligence. Comparée à la variante intermédiaire I, cette solution engendrerait une charge administrative supplémentaire, qui pourrait amener l'entrepreneur contractant à interdire contractuellement la transmission du mandat par le sous-traitant. Les entreprises de relativement grande taille (y compris celle de l'entrepreneur contractant) pourraient augmenter leur part de valeur ajoutée, dans le but de devoir transmettre moins de mandats. Cette pratique pourrait avoir des répercussions sur le carnet de commandes de petites et moyennes entreprises et sur la productivité de la branche.

Toutefois, on peut partir du principe que sur toute la chaîne, c'est souvent le dernier sous-traitant qui effectue véritablement les travaux et détache des travailleurs. Par conséquent, même si l'accomplissement du devoir de diligence envers tous les sous-traitants pourrait s'avérer plus compliqué et plus délicat, il n'engendrerait pas forcément une plus grande charge de travail. Selon la situation, le devoir de diligence implique aussi le contrôle des conditions d'engagement dans le pays d'origine, à défaut de quoi la responsabilité solidaire pourrait être contournée grâce aux services de « faux indépendants ». La responsabilité en chaîne est, dans ce cas, quelque peu atténuée du fait que l'employé doit avoir préalablement poursuivi son employeur en vain avant de pouvoir exiger le remboursement de son dommage auprès de l'entrepreneur contractant. Selon l'art. 115, al. 3, de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291), un for en Suisse est mis à la disposition de l'employé détaché pour y faire valoir sa créance salariale en lien avec son détachement. D'un point de vue purement juridique, il est dès lors possible de faire valoir des prétentions salariales devant une instance judiciaire helvétique à l'encontre d'un employeur étranger.

Contrairement à la responsabilité directe (l'entrepreneur contractant ne répond que du partenaire contractuel direct), la responsabilité en chaîne pourrait engendrer une augmentation des frais administratifs, mais elle permettrait d'éviter que la responsabilité ne soit contournée par l'interposition d'un entrepreneur (étranger). Finalement, l'introduction d'une responsabilité en chaîne permettrait de mieux atteindre l'objectif visé, à savoir que l'entrepreneur contractant assume sa responsabilité lors de l'attribution de mandats à des sous-traitants et qu'il veille au respect des conditions de travail et de salaire par ces derniers.

L'entrepreneur contractant est en outre tenu au paiement des peines conventionnelles infligées par les CP. Cette responsabilité est aussi subsidiaire, c'est-à-dire que l'entrepreneur contractant est responsable uniquement si les organes d'exécution ne peuvent pas pour-

⁶ [Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes](#), SECO, Direction du travail, octobre 2008, Berne.

suivre le sous-traitant ou qu'ils l'ont poursuivi sans succès. Il ne répond en outre d'une peine conventionnelle que dans la mesure où celle-ci n'est pas couverte par une caution déposée par le sous-traitant. A noter que faire porter à un tiers la responsabilité d'une peine conventionnelle n'est pas une pratique commune en droit privé dans la mesure où son montant ne se calcule pas en fonction de la faute du tiers, mais de celle du sous-traitant. Comme alternative à cette responsabilité, on pourrait envisager, à l'instar de ce que prévoit la variante intermédiaire I, une sanction administrative selon l'art. 9 Ldét pour **manquement au devoir de diligence** de la part de l'entrepreneur contractant.

En règle générale, le montant de la peine conventionnelle dépend du volume de la sous-enchère salariale et des éventuelles infractions supplémentaires à la CCT. Certaines CCT étendues prévoient des peines conventionnelles allant jusqu'à hauteur des prestations non versées (salaires)⁷. Englober les peines conventionnelles dans la responsabilité contraindrait l'entrepreneur contractant à répondre non seulement de la peine conventionnelle, mais aussi des prétentions des travailleurs concernant les salaires impayés. Au pire des cas, l'entrepreneur contractant devrait répondre de prétentions qui pourraient représenter le double de la somme des salaires non payés par le sous-traitant (paiement des salaires impayés et peine conventionnelle). Cette situation augmenterait les risques potentiels et, partant, les coûts liés à la couverture de la responsabilité.

4.2.4 Variante maximale

Dans ce cas comme pour la variante intermédiaire II, la responsabilité s'étend non seulement aux conditions de travail et de salaire prévues par les CCT déclarées de force obligatoire, les contrats-types de travail (CTT) et les lois fédérales, mais aussi aux peines conventionnelles prononcées en cas de violation des dispositions des CCT déclarées de force obligatoire.

L'introduction d'une responsabilité solidaire en chaîne pour tout type de prestation de services fait porter un risque économique considérable à l'entrepreneur contractant. Si une responsabilité en chaîne combinée à une responsabilité causale inciterait au mieux l'entrepreneur contractant à veiller au respect des conditions minimales par les sous-traitants, la vérification des conditions de travail et de salaire auprès de chaque sous-traitant engendrerait une charge administrative supplémentaire sans toutefois exclure de futures prétentions. Comparée aux autres variantes, c'est cette forme de responsabilité solidaire qui limiterait le plus l'attribution de mandats à des sous-traitants.

L'introduction de la responsabilité solidaire dans toutes les branches augmenterait les coûts administratifs pour les entreprises actives dans des domaines où le respect des conditions de travail et de salaire n'est pas problématique ; en ce sens, elle ne serait pas proportionnelle.

5 Répercussions économiques

5.1 Généralités

L'introduction de la libre circulation des personnes a permis l'attribution de mandats à des sous-traitants étrangers pour une durée allant jusqu'à 90 jours par année civile. Dans ce contexte, les prestataires de services étrangers sont toutefois tenus de respecter les conditions de travail et de salaires en vigueur en Suisse. Si ils ne remplissent ces conditions, ils bénéficient alors d'un avantage concurrentiel qui n'était pas voulu lors de l'introduction de la libre circulation des personnes.

⁷La CCT pour l'industrie de la plâtrerie et de la peinture prévoit par exemple aussi explicitement des peines conventionnelles plus élevées.

L'introduction d'une responsabilité solidaire ou d'une responsabilité du sous-traitant doit permettre d'éviter l'apparition d'avantages de coûts non justifiés. Ainsi, si un sous-traitant ne respecte pas les conditions impératives de travail et de salaire, l'introduction d'une responsabilité solidaire pourrait permettre d'internaliser ces avantages de coûts non justifiés. Si cette « internalisation » échoue, notamment parce qu'on ne peut être sûr qu'un travailleur fasse valoir son salaire et que les coûts d'une couverture des risques ne sont pas assez élevés (coûts supportés par l'entrepreneur contractant en raison d'une responsabilité solidaire), les entreprises étrangères conservent leur avantage. Au contraire, si les frais d'assurance sont élevés, les entrepreneurs contractants essayeront de travailler avec les entrepreneurs qu'ils connaissent et qui respectent les conditions de travail. Les mandants et les sous-traitants collaboreraient alors plus étroitement, comme c'est le cas dans les branches ayant des exigences élevées en matière de qualité.

En résumé, on peut dire de manière générale que la responsabilité solidaire a la plus grande efficacité, si elle cible certaines situations problématiques, car selon la forme qu'elle prend elle peut représenter une forte intrusion dans les activités commerciales. En d'autres termes, plus elle cible certains cas problématiques, plus le rapport entre le coût et les bénéfices sera positif. Il faut néanmoins souligner que l'introduction d'une responsabilité solidaire peut modifier la répartition du travail entre les entreprises de différentes façons selon sa forme. Si la responsabilité solidaire ou la responsabilité du sous-traitant est limitée aux entreprises étrangères, on peut supposer que ceci pourrait engendrer une restriction des prestations de services transfrontalières par rapport à la réglementation actuelle et entre autres choses amener à des critiques de l'UE et des états voisins. D'autre part, les prescriptions salariales pouvant être plus aisément contournées aujourd'hui par des entreprises étrangères, cela pourrait être présenté comme un traitement privilégié accordé aux fournisseurs de services étrangers.

5.2 Analyse coût-bénéfices

5.2.1 Bénéfices

Une responsabilité solidaire peut être considérée comme un instrument efficace si elle amène l'entrepreneur contractant à assumer sa responsabilité lors de l'attribution de mandats à des sous-traitants et à s'engager pour le respect des conditions de travail et de salaire par les sous-traitants. Elle devrait en outre contribuer à l'amélioration générale du respect des conditions de travail et de salaire. Dans cette optique, elle permettrait de réduire l'intérêt à pratiquer de la sous-enchère salariale, à savoir l'attribution de mandats à un prix si faible qu'il ne permet pas au sous-traitant de respecter les conditions minimales.

Une responsabilité solidaire (quelle qu'en soit sa forme) pourrait éventuellement faciliter aux organes d'exécution des mesures d'accompagnement la vérification des conditions de travail et de salaire, puisque l'entrepreneur contractant exercerait lui aussi une certaine pression sur les sous-traitants à contrôler, dans le but de remplir son devoir de renseignement à l'égard des organes d'exécution. Selon la forme de responsabilité, l'entrepreneur contractant pourrait aussi être contraint de leur remettre, par exemple, les décomptes de salaires des personnes à contrôler. La responsabilité solidaire permettrait aussi notamment aux CP, qui sont responsables de l'exécution des mesures d'accompagnement dans les branches dotées d'une CCT étendue, de faire respecter des prétentions (en cas de non-respect des dispositions prévues par les CCT étendues) sans grande charge administrative.

L'introduction d'une responsabilité solidaire ou du sous-traitant permettrait de garantir les conditions de travail et de salaire à tous les travailleurs et de réduire la concurrence par les entreprises qui ne respectent pas les conditions minimales en vigueur (diminution de la concurrence déloyale).

5.2.2 Coût

Une responsabilité solidaire étant toutefois aussi synonyme de coûts, elle pourrait modifier la répartition du travail dans la branche. L'attribution d'un mandat à un sous-traitant engendre des coûts lorsque l'entrepreneur contractant doit répondre des prétentions de tiers à l'encontre du sous-traitant et que, d'un point de vue purement contractuel, il ne peut s'exonérer de cette responsabilité (forme prévue par la variante minimale). Si l'entrepreneur contractant ne répond pas de ses sous-traitants directs, il devra faire face à des coûts supplémentaires.

Indépendamment de la forme que prendrait la responsabilité solidaire (que ce soit une responsabilité telle que proposée dans la variante intermédiaire II ou la variante maximale), l'entrepreneur contractant doit être au courant de tous les mandats attribués, et il doit surtout savoir quels sous-traitants se trouvent dans la chaîne contractuelle et quelles conditions de travail ils garantissent à leurs travailleurs. Dans certains cas, le devoir de diligence englobe aussi la vérification des conditions d'engagement dans le pays d'origine pour les entreprises détachant des travailleurs. Toutes ces vérifications à l'intérieur d'une chaîne contractuelle engendreraient des coûts administratifs pour l'entrepreneur contractant et les sous-traitants. De son côté, l'entrepreneur contractant est tenu d'examiner les documents et de garantir que les conditions d'engagement offertes par le sous-traitant correspondent aux conditions minimales. Pour ce faire, il doit s'informer sur les conditions minimales en vigueur pour la branche de mission dans laquelle travaille le sous-traitant (notamment si une CCT étendue existe ou si les conditions de travail garanties par le sous-traitant correspondent aux dispositions contraignantes prévues par la CCT étendue de la branche).

Selon la forme de responsabilité (variante intermédiaire I, variante intermédiaire II et variante maximale), le mandataire doit mettre à disposition de l'entrepreneur contractant tous les documents importants et lui prouver de manière crédible qu'il respectera bien les conditions minimales en vigueur. En d'autres termes, il devrait supporter une charge administrative, par exemple sous la forme d'une certification ou du dépôt d'une sûreté (caution). Une charge administrative de ce type est souvent caractérisée par des coûts fixes, qui pourraient d'une part pousser les entreprises de relativement petite taille, qui redoutent ces coûts, à ne plus accepter de tels mandats. Dans ce contexte, la responsabilité solidaire pourrait avoir un effet négatif au détriment des petites entreprises (indigènes ou étrangères).

D'autre part, pour contourner cette charge administrative liée à la vérification des conditions de travail et de salaire, l'entrepreneur contractant pourrait aussi renoncer à transmettre un mandat et l'exécuter lui-même (éventuellement plus tard pour des raisons de ressources) ou privilégier les indépendants, pour lesquels aucun salaire minimal contraignant n'est prévu. L'introduction d'une responsabilité solidaire pourrait par conséquent modifier la répartition du travail, notamment dans le domaine de la construction. Il existe en effet des entreprises de construction (entreprises générales) qui assument en priorité la responsabilité et l'organisation d'un projet, mais qui exploitent peu leur propre main-d'œuvre pour les travaux de construction. Une forme non efficace de responsabilité solidaire pourrait, dans certains cas, encourager ces entreprises à recourir de manière croissante à leur propre main-d'œuvre (ou à engager leur propre main-d'œuvre), augmentant ainsi leur part de valeur ajoutée. Une telle pratique pourrait éventuellement réduire la productivité. Toutefois, une telle stratégie d'évitement n'est susceptible de se produire que si les coûts dépassent un certain seuil.

i. Conséquences en cas de non-respect des conditions impératives de travail et de salaire

Les CCT étendues prévoient en général des peines conventionnelles et des frais de contrôle en cas de violation par une entreprise des dispositions prévues dans une CCT étendue. Les travailleurs concernés ont en outre la possibilité de faire valoir le salaire impayé. Dans un cas extrême, les coûts en question pourraient se monter à plus du double des prestations non versées (peine conventionnelle plus paiement du salaire impayé).

Le risque financier supporté par l'entrepreneur contractant en cas de violation par le sous-traitant d'une CCT étendue dépend fortement de la forme de responsabilité solidaire. En ef-

fet, si les travailleurs doivent tout d'abord tenter de poursuivre leur entreprise durant leur mission en Suisse pour faire valoir les salaires impayés avant de pouvoir réclamer la différence salariale à l'entrepreneur contractant en Suisse, le risque de procès reste modéré.

Si le sous-traitant concerné est une entreprise détachant des travailleurs, alors les autorités cantonales peuvent prononcer, en plus des peines conventionnelles infligées par les autorités d'exécution de la CCT étendue, des amendes administratives pouvant aller jusqu'à 5000 francs (en cas d'infraction mineure à l'art. 2 Ldét et en cas d'infraction aux art. 3 et 6 Ldét). En outre, si une entreprise détachant des travailleurs manque à son devoir de renseignement ou empêche l'exécution de contrôles, les tribunaux pénaux cantonaux peuvent prononcer des amendes pouvant aller jusqu'à 40 000 francs (sanctions pénales).

Dans le cadre du rapport annuel du SECO sur l'exécution des mesures d'accompagnement, les CP ont signalé un montant approximatif de 1129 francs pour les peines conventionnelles infligées à des entreprises détachant des travailleurs et d'environ 582 francs pour les frais de contrôle. En outre, les autorités cantonales ont prononcé en 2011 des amendes à hauteur d'environ 920 francs à l'encontre d'entreprises détachant des travailleurs qui ont violé les conditions minimales de salaires prévues par des CCT étendues, ainsi que des frais de contrôle et des frais administratifs s'élevant environ à 530 francs par entreprise détachant des travailleurs.

ii. Possibilités de couvrir les risques lors de sous-traitance par l'entrepreneur contractant

Afin de se protéger contre ces coûts, les entrepreneurs contractants demanderont certaines sécurités aux sous-traitants (par exemple le dépôt d'une caution). La loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT ; RS 221.215.311) prévoit déjà la possibilité d'obliger les entreprises actives dans une branche concernée à déposer une caution, qui peut être utilisée pour régler les prétentions des CP (frais de contrôle et peines conventionnelles prévues dans des CCT étendues).

L'entrepreneur contractant aurait aussi la possibilité de couvrir ces risques au moyen d'une assurance. Toutefois, si la transmission d'un mandat à un sous-traitant nécessite la conclusion d'une assurance, la responsabilité solidaire engendre une augmentation du prix de production, qui se répercute ensuite sur le prix aux consommateurs. Comme le montant des primes dépend de la probabilité du dommage, il peut aussi être vu comme une « internalisation » des coûts salariaux épargnés par le non-respect des conditions de salaire en vigueur dans la branche et la localité. Toutefois, les frais administratifs de l'assurance doivent aussi être réglés, cette partie de la prime pouvant être vue comme une véritable augmentation du prix de production. Cependant, ces frais apparaissent uniquement si les mandats sont attribués à une entreprise à laquelle le risque ne peut pas être transmis.

L'entrepreneur contractant a aussi la possibilité de réduire les risques en mettant en place une relation de confiance avec différentes entreprises, à qui ils donneraient exclusivement des mandats. Une telle relation pourrait avoir un impact positif sur les conditions de travail et sur la qualité des prestations de services mais compliquerait cependant la tâche des nouvelles entreprises pour entrer sur le marché. L'introduction d'un système de certification permettrait de résoudre ce problème, même si les certifications sont liées à des coûts fixes qui compliqueraient également l'entrée sur le marché des petites entreprises.

Sur la base des réflexions ci-dessus, on peut conclure que l'introduction d'une responsabilité solidaire engendrerait une augmentation du travail administratif, un appauvrissement des relations commerciales avec les Etats étrangers (européens) et, éventuellement à une perte d'efficacité, qui pourrait également se traduire par une augmentation des coûts pour le mandant.

6 Aspects juridiques / Question de la discrimination

En s'appuyant sur la Ldét, les variantes détaillées au sein du présent rapport prennent en compte uniquement les prestataires de services étrangers. Ceci pourrait être considéré comme une discrimination des sous-traitants étrangers. Toutes les variantes pourraient toutefois être formulées en intégrant également les entreprises suisses. Si les entreprises suisses devaient également être intégrées à la responsabilité solidaire ou à la responsabilité du sous-traitant, le champ d'application personnel de la Ldét (qui règle les questions relatives aux prestataires de services étrangers) devrait être étendu ou la responsabilité introduite dans une autre loi.

Toutefois, même l'UE n'a pas encore réglé la question de la discrimination, un sujet qui est récemment devenu très actuel. Dans l'optique de renforcer la mise en œuvre de la directive européenne sur les travailleurs détachés (Directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services), la Commission européenne a commandé une étude portant sur la protection des droits des travailleurs dans le cadre des processus de sous-traitance au sein de l'Union européenne⁸. Celle-ci révèle l'hétérogénéité des réglementations nationales au sein de l'UE et les différentes formes de responsabilité solidaire, lesquelles se distinguent principalement par leur nature, les buts qu'elles poursuivent, leur champ d'application et les possibilités d'exonération prévues.

Sept Etats membres de l'UE⁹ ainsi que la Norvège connaissent un système de responsabilité solidaire général plus ou moins élaboré pour des aspects tels que les charges salariales. Dans certains Etats, la responsabilité solidaire est limitée à quelques branches (construction, travail temporaire) et liée au droit régissant les marchés publics. La responsabilité se limite parfois au sous-traitant direct ou en inclut plusieurs, voire tous les sous-traitants d'une adjudication. Il existe aussi des possibilités d'exonération ou de limitation de la responsabilité. Les systèmes de responsabilité solidaire en vigueur ont été développés essentiellement dans des contextes nationaux et se réfèrent aux sous-traitants indigènes ou étrangers.

L'étude met en doute l'efficacité de la responsabilité des sous-traitants, en particulier dans un contexte transfrontalier, parce que sa mise en œuvre est difficile. Toutefois, elle relève qu'il n'existe aucun indicateur digne de foi qui permettrait de répondre clairement à cette question, surtout dans le contexte transfrontalier évoqué.

L'étude analyse en outre les arguments pour ou contre l'introduction d'une responsabilité solidaire. D'une part, le surcroît de charges administratives et financières, notamment pour les PME, ainsi que l'allongement des procédures d'adjudication, sont les inconvénients mentionnés. D'autre part, la diminution de la concurrence déloyale est un argument qui joue en faveur de la responsabilité solidaire. Selon l'étude, une responsabilité en chaîne serait plus efficace qu'une responsabilité directe, mais il y a lieu de penser que l'accomplissement du devoir de diligence serait plus difficile. De même, une responsabilité en chaîne pourrait paraître disproportionnée en l'absence de mesures garantissant un meilleur respect des exigences des travailleurs. L'étude souligne que la responsabilité solidaire ne pourra pas remplacer non plus à l'avenir des mesures d'accompagnement pour la protection des travailleurs.

Le 21 mars 2012, la Commission a adopté le projet de directive d'exécution, dont l'article 12 propose un système de responsabilité conjointe et solidaire des entreprises dans le secteur de la construction. En d'autres termes, l'entrepreneur contractant est responsable du respect des salaires minimaux par son sous-traitant direct et il peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant avoir rempli son devoir de diligence. Le projet ne répond néanmoins pas encore à la question de la discrimination, l'UE ne pouvant pas imposer à ses Etats membres l'introduction d'une réglementation conjointe et solidaire dans les relations entre Etats. Comme le

⁸ « Etude sur la protection des droits des travailleurs dans le cadre des processus de sous-traitance au sein de l'Union européenne », Université de Gand (non encore publiée).

⁹ AT, DE, ES, FI, FR, IT, NL.

projet de la Commission prévoit une responsabilité solidaire pour les prestations de services transfrontaliers en opposition aux différentes réglementations individuelles existantes auprès des Etats membres de l'UE, des critiques ont été émises lors de sa conception.

L'article 2 de l'ALCP prévoit l'obligation de non-discrimination en raison de la nationalité. L'introduction dans la Ldét d'une disposition plus rigide que celle de l'article 5 en vigueur, qui s'applique uniquement aux sous-traitants étrangers, pose la question de la conformité avec l'ALCP. En effet, si la responsabilité de l'entrepreneur contractant se limite aux sous-traitants ayant leur siège à l'étranger, les entrepreneurs contractants pourraient être réticents à l'idée de confier des mandats à des entrepreneurs étrangers, limitant ainsi l'accès de ces derniers au marché suisse. Au final, cette situation pourrait déboucher sur une discrimination des sous-traitants étrangers.

La Cours de justice de l'UE n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le principe de l'introduction d'une responsabilité du sous-traitant uniquement au niveau transfrontalier. Si l'UE devait considérer une responsabilité du sous-traitant qui s'appliquerait uniquement au niveau transfrontalier comme discriminatoire, une telle responsabilité au niveau Suisse serait considérée par l'UE comme non conforme à l'ALCP.

7 Variantes de responsabilité solidaire dans la loi fédérale sur les marchés publics

7.1 Généralités

Le droit fédéral des marchés publics se distingue de la Ldét sur des points essentiels:

- il s'applique aux marchés publics ouverts tant aux soumissionnaires suisses qu'aux soumissionnaires étrangers;
- la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) ne s'applique pas aux marchés passés par des adjudicateurs privés, par les cantons et par les communes;
- le droit des marchés publics exige que soient respectées non seulement les conditions minimales énumérées à l'art. 2 Ldét, mais la totalité des conditions de travail (en particulier les salaires habituels dans la région et dans la branche concernées) et des dispositions relatives à la protection des travailleurs.

Le droit des marchés publics se situe à la frontière entre le droit public et le droit privé. Il s'applique principalement à la phase d'évaluation des offres des soumissionnaires, qui est régie par le droit public. Le contrat qui, dans une deuxième phase, est conclu avec l'adjudicataire relève, quant à lui, du droit privé. Une réglementation relative à la responsabilité ne concernerait que cette deuxième phase. Du point de vue du droit des marchés publics, il conviendrait de régler la question de la responsabilité de l'entrepreneur principal et des sous-traitants dans la Ldét ou dans le code des obligations. Les dispositions correspondantes s'appliqueraient ainsi automatiquement aux contrats conclus au terme des procédures de marchés publics.

L'ordonnance sur les marchés publics (OMP) contient en quelque sorte des prescriptions concernant la deuxième phase susmentionnée. Celles-ci sont mises en œuvre lors de la conclusion du contrat, qui relève uniquement du droit privé. Selon ces prescriptions, il faut obliger le partenaire contractuel à observer les dispositions relatives à la protection des travailleurs ainsi que les conditions de travail. L'ordonnance dispose également que des peines conventionnelles doivent être fixées pour assurer le respect de ces dispositions et conditions.

Art. 6 OMP Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et respect des conditions de travail

¹ L'adjudicateur prescrit dans le contrat que les soumissionnaires:

- a. doivent observer les principes mentionnés à l'art. 8, al. 1, let. b et c, de la loi;
- b. doivent obliger par contrat leurs sous-traitants à observer les principes mentionnés à l'art. 8, al. 1, let. b et c, de la loi.

² Les autorités d'exécution prévues par la législation sur le droit du travail contrôlent le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs. L'adjudicateur peut consulter lesdites autorités avant d'adjuger le marché.

³ L'adjudicateur peut effectuer ou faire effectuer des contrôles en matière de conditions de travail. Il peut confier cette tâche à une autorité de surveillance prévue par la législation sur le droit du travail ou à une autre instance compétente, notamment à un organe de contrôle paritaire créé en vertu d'une convention collective.

⁴ ...

7.2 Variantes

Solution no 1: engagement contractuel en chaîne

Cette solution consiste à compléter l'art. 6 OMP en édictant à l'intention de l'administration des prescriptions supplémentaires relatives à la conclusion du contrat avec l'adjudicataire lors de la deuxième phase (introduction d'une disposition d'exécution de l'art. 8 LMP). Selon ces prescriptions, tout sous-traitant est tenu d'exiger de ses propres sous-traitants que, comme il doit le faire lui-même, ils s'engagent par contrat à respecter les principes mentionnés à l'art. 8, al. 1, let. b et c, LMP (engagement en chaîne). Par ailleurs, la disposition proposée prévoit que les soumissionnaires doivent convenir avec leurs sous-traitants de peines conventionnelles destinées à assurer le respect de ces principes, comme l'adjudicateur le fait avec eux-mêmes.

Solution no 2a: responsabilité

Le libellé de cette disposition est fondé sur le § 6, al. 4, de la loi sur les marchés publics du canton de Bâle-Campagne.

Solution no 2b: responsabilité

En allemand, cette solution évite l'ambiguïté de l'un des termes utilisés dans la solution no 2a (le terme «Unterakkordant», qui désigne tantôt un sous-traitant, tantôt un travailleur temporaire travaillant aux pièces ou à la tâche).

Solution no 3: responsabilité de tous les sous-traitants

Cette disposition étend la responsabilité prévue dans la solution 2b à tous les niveaux de la chaîne de sous-traitance.

Solution no 4: responsabilité solidaire

Cette disposition prévoit que les soumissionnaires sont solidairement responsables des sous-traitants auxquels ils font appel pour l'exécution du marché. Les tiers dont la participation à l'exécution du marché se réduit à la fourniture de biens ne sont pas concernés.

7.3 Conséquences pour les acteurs des marchés publics

Les soumissionnaires veillent à ce que les sous-traitants auxquels ils font appel pour l'exécution du marché respectent leurs obligations en les sélectionnant, instruisant et surveillant soigneusement. L'adjudicateur les invite éventuellement à lui communiquer rapidement les noms de leurs sous-traitants ou à fournir des sûretés financières supplémentaires, en particulier dans le cas où l'on retiendrait la solution no 4. Les soumissionnaires supporteront donc des coûts plus élevés, ce qui se répercutera probablement sur les prix de leurs offres.

Pour l'administration, l'introduction d'une réglementation relative à la responsabilité est susceptible d'entraîner une augmentation de la charge de travail.

7.4 Aspects juridiques

Champ d'application: comme il a été dit au chiffre 7.1, le droit fédéral des marchés publics a un autre champ d'application que la Ldét:

- Le droit des marchés publics s'applique aux marchés publics ouverts tant aux soumissionnaires suisses qu'aux soumissionnaires étrangers. Les soumissionnaires (suisses ou étrangers) répondraient donc de tous leurs sous-traitants, qu'ils soient suisses ou étrangers. Il est interdit de discriminer les soumissionnaires étrangers par rapport aux soumissionnaires suisses.
- Les marchés passés par des adjudicateurs privés, par les cantons et par les communes ne sont pas soumis à la LMP et ne seraient donc pas touchés par l'introduction dans cette dernière d'une réglementation relative à la responsabilité.

Etendue de la responsabilité: l'entrepreneur principal répondrait, pour ses sous-traitants suisses, non seulement du respect des conditions minimales de travail et de salaire énumérées à l'art. 2, al. 1, Ldét, mais également de l'observation d'autres conditions de travail, telles que les salaires usuels dans la région et dans la branche concernées (art. 7, al. 1, OMP). Sont déterminantes les conditions de travail et les dispositions relatives à la protection des travailleurs qui sont en vigueur au lieu où la prestation est fournie (art. 8, al. 1, let. b, LMP). Les entrepreneurs principaux dont les sous-traitants sont suisses pourraient donc être désavantagés par rapport à ceux dont les sous-traitants sont étrangers. L'accord de l'OMC sur les marchés publics, hiérarchiquement supérieur à la LMP, n'interdit pas la discrimination des soumissionnaires indigènes.

Objet du droit des marchés publics: le droit des marchés publics règle la manière dont l'administration fédérale doit sélectionner les soumissionnaires et adjudger les marchés. Il s'applique donc à des étapes antérieures à la conclusion et à l'exécution du contrat. Or, la question du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes se pose essentiellement lors de la phase d'exécution du contrat. Dans le droit des marchés publics, une réglementation de la responsabilité en matière de respect de ces prescriptions a par conséquent toujours un caractère préventif: elle est destinée à combattre la violation de ces dernières.

La législation actuelle prévoit que, en cas d'inobservation des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou des conditions de travail (art. 8, al. 1, let. b et c, LMP), l'adjudication peut être révoquée et le contrat résilié. Cela dit, le droit des marchés publics en vigueur ne porte pas sur la relation contractuelle entre les adjudicataires et leurs sous-traitants et, partant, ne règle pas la question de la responsabilité des uns et des autres.

8 Suite de la procédure

Les avis issus de la consultation feront l'objet d'une évaluation, puis seront ajoutés au rapport à l'attention de la CER-CE. Les discussions sur ce thème se poursuivront dans le cadre des débats parlementaires.

Annexe : projets de loi