



Par courriel
Monsieur
Thomas Daum
Union Patronale Suisse
Hegibachstrasse 47
8032 Zürich

Lausanne, le 18 juillet 2012
U:\1p\politique_economique\consultations\2012\POL1254.docx/
MAP/sde

Consultation urgente relative à la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractuel dans le cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes

Cher Monsieur,

Nous avons bien reçu votre circulaire du 6 juillet dernier relatif au projet mentionné en titre et vous en remercions.

L'expérience a clairement démontré qu'en permettant un recrutement facilité de travailleurs européens - dont l'arrivée a permis de pallier l'insuffisance de la main-d'œuvre indigène dans certains secteurs -, l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) a fortement contribué à la bonne santé économique de notre pays.

La suppression des contrôles a priori des conditions de travail a justifié la mise en place de mesures d'accompagnement, afin de prévenir et de lutter contre d'éventuels abus. D'une manière générale, la CVCI est favorable à des mesures d'accompagnement ciblées sur les risques de dumping social et salarial, à condition qu'elles n'entraînent pas une sur-réglementation des conditions de travail et qu'elles ne constituent pas un prétexte pour introduire des salaires minimaux généralisés ou d'autres contraintes sans lien avec la libre circulation des personnes.

L'art. 5 de la loi sur les travailleurs détachés (Ldét) prévoit déjà une responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant lorsque ses sous-traitants ne respectent pas les conditions minimales de travail et de salaire selon l'art. 2 Ldét. L'entrepreneur contractant peut toutefois s'exonérer de sa responsabilité en obligeant contractuellement ses sous-traitants à respecter la Ldét. Le projet soumis à consultation vise à étendre cette responsabilité. Différentes variantes ont été élaborées à cet effet.

Pour l'appréciation des variantes, il convient de garder à l'esprit que la sous-traitance revêt une importance pratique considérable. Si elle est si fréquemment utilisée dans les secteurs de la construction et du second œuvre, c'est parce qu'elle répond à des impératifs économiques et non à une simple volonté de contourner les règles en vigueur. La sous-traitance permet en effet à des entreprises – et à des PME en particulier – d'obtenir des mandats qu'elles ne pourraient intégralement satisfaire elles-mêmes, faute de ressources suffisantes.

En outre, elle contribue indéniablement à une amélioration de l'efficacité des activités économiques, en ce sens que chaque entreprise peut se consacrer à son domaine d'activité spécifique, laissant aux autres le soin d'intervenir dans leur propre sphère de compétence. Il faut dès lors éviter de recourir à des mesures trop contraignantes qui enlèveraient tout intérêt économique à la sous-traitance et qui réduiraient ainsi la productivité des entreprises.

Une responsabilité solidaire excessive de l'entrepreneur ferait courir à ce dernier des risques considérables qu'il ne maîtrise pas, ceux-ci relevant de la compétence d'un tiers. Cela pénaliserait particulièrement les PME, qui manqueraient de ressources pour internaliser les activités habituellement sous-traitées ou s'assurer contre le risque encouru. Le prix de l'extension de la responsabilité serait élevé: l'augmentation du travail administratif et la perte d'efficacité se répercuteraient inévitablement sur la facture adressée au mandant.

Par ailleurs, en visant exclusivement les sous-traitants étrangers, le risque d'instaurer une discrimination prohibée par l'ALCP n'est pas négligeable. Si tel devait être le cas, il n'y aurait pas d'autre choix que d'étendre cette responsabilité solidaire à tous les cas de sous-traitance, y compris aux relations contractuelles entre entreprises suisses. Une telle évolution serait contraire à un principe fondamental du droit privé, qui veut que chacun réponde de ses propres obligations, et dépasserait le strict cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes.

Enfin, l'une des motivations principales de ce projet réside dans la difficulté "*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*" (p. 5 du rapport explicatif). Ce problème doit être traité au niveau de l'exécution des sanctions et de leur applicabilité au niveau international, ce qui relève de la compétence étatique. Les conséquences d'un éventuel déficit d'application n'ont pas à être supportées par l'entrepreneur contractant.

Variante minimale

Cette variante correspond à l'art. 5 Ldét en vigueur, en ajoutant la forme écrite de l'engagement à respecter les prescriptions minimales et l'obligation de fournir une preuve du contrat sur le lieu de mission.

Nous sommes d'avis que l'actuel art. 5 Ldét constitue une mesure d'accompagnement suffisante et que la modification proposée ici ne se justifie pas. Toutefois, cette variante peut être qualifiée de "moindre mal" admissible si une modification devait s'avérer politiquement inévitable.

Variante intermédiaire I

Pour s'exonérer de sa responsabilité, l'entrepreneur contractant devrait ici contrôler préalablement la conformité des conditions de travail et de salaire de tous les travailleurs employés par son sous-traitant.

Même si cette variante se limite à imposer un contrôle préalable qui n'entraînerait pas la responsabilité de l'entrepreneur contractant en cas de non respect des conditions annoncées, elle impose un travail administratif fastidieux et relativement coûteux à l'entrepreneur contractant. Nous y sommes dès lors opposés. Cette variante se situe cependant à la limite acceptable de ce qui pourrait être concédé dans une négociation politique.

Variante intermédiaire II

Cette variante prévoit une responsabilité en chaîne, qui impose à l'entrepreneur contractant de vérifier les conditions de travail et de salaire pour chaque transmission supplémentaire.

Une telle extension de responsabilité est clairement excessive au regard des principes évoqués ci-dessus. L'entrepreneur n'a aucun moyen de contrôler les conditions pratiquées par un sous-contractant – dont il ignore parfois jusqu'à l'existence - de son propre sous-contractant. Cette variante doit être combattue avec force.

Variante maximale

En introduisant une responsabilité en chaîne générale et solidaire, non subsidiaire et sans aucune possibilité d'exonération, cette variante atteint un tel degré de disproportion qu'on en vient à se demander si elle a été sérieusement formulée. Nous la rejetons catégoriquement.

Variantes de responsabilité solidaire dans la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Les variantes proposées dans le cadre de la LMP dépassent le cadre des mesures d'accompagnement puisqu'elles visent tous les cas de sous-traitance, y compris entre un soumissionnaire et un sous-traitant suisses. Pour ce seul motif déjà, nous nous y opposons.

L'introduction de responsabilités solidaires en chaîne n'est pas plus admissible dans le cadre de la LMP que dans celui de la Ldét.

La seule variante qui pourrait être acceptable est la solution n°1, qui se limite à imposer aux soumissionnaires de contraindre leurs sous-traitants à obliger leurs propres sous-traitants à respecter les prescriptions minimales et à convenir des peines conventionnelles analogues.

En conclusion, nous estimons que les propositions de modification de l'art. 5 Ldét et de la LMP ne se justifient pas. Seule la variante minimale, voire en dernier recours la variante intermédiaire I de l'art. 5 Ldét, ainsi que la solution n°1 de la LMP, pourraient être évaluées comme acceptables dans un processus de négociation politique. Toutes les autres variantes doivent en revanche être rejetées avec force.

En vous remerciant de votre consultation, nous vous prions d'agréer, cher Monsieur, nos salutations distinguées.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Julien Guex
Sous-directeur

Mathieu Piguet
Sous-directeur