

## **Commentaire article par article relatif à la modification du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) du 18 décembre 2013**

### **Introduction:**

Depuis quelques années, de multiples sources dénoncent les conditions de travail et de salaire appliquées par certaines entreprises sous-traitantes, notamment lors de l'exécution de travaux de construction, faisant suite à une procédure marchés publics.

Ainsi, en date du 28 octobre 2008, le député Jean-Michel Dolivo a déposé une initiative législative<sup>1</sup> visant, dans le cadre de l'adjudication des marchés publics, à renforcer les conditions de respect en matière de règles de droit du travail, non seulement de la part des soumissionnaires directs, mais également de la part des entreprises sous-traitantes ou "sous-soumissionnaires" qui participent à des marchés des communes ou du canton. L'idée de l'initiant était d'instaurer une responsabilité solidaire du soumissionnaire à l'égard des employés du sous-traitant en cas de non-respect, par ce dernier, des conditions de travail. Le Grand Conseil a refusé l'entrée en matière sur cet objet lors de sa séance du 20 septembre 2011. L'instauration d'un régime de responsabilité solidaire du soumissionnaire vis-à-vis des employés de son sous-traitant dans une loi de rang cantonal, se heurtait en effet à la répartition des compétences législatives inscrite dans la Constitution fédérale.

Le 25 août 2009, le député Grégoire Junod a déposé un postulat<sup>2</sup> ayant pour objet la mise en place d'un plan d'action de lutte contre la sous-enchère salariale en lien avec la sous-traitance. Ce postulat se fondait en partie sur les révélations récentes (26 mai 2009) du syndicat Unia qui avait dénoncé par voie de presse plusieurs cas concrets de violations des conditions conventionnelles de travail sur le territoire cantonal par des entreprises actives dans les domaines du ferrailage et du coffrage. Ces différentes situations étaient toutes en lien avec le phénomène de la sous-traitance dans le secteur de la construction. Dans son postulat, le député demandait principalement un état des lieux sur la situation prévalant dans le canton de Vaud en matière de violation des conditions de travail et de salaire en relation avec le phénomène de la sous-traitance et une évaluation des moyens dont disposait l'autorité publique pour contrôler effectivement les conditions de travail dans les entreprises sous-traitantes et faire respecter les conventions collectives ainsi que les dispositions légales, comme la loi fédérale sur le travail au noir (LTN) et la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét). Le postulat visait également à obtenir de l'autorité politique un plan d'action et une vraie stratégie cantonale pour lutter contre la sous-enchère salariale dans le domaine de la sous-traitance.

Plus récemment encore, deux interpellations ont été déposées auprès du Grand Conseil, l'une le 29 janvier 2013 par la députée Alice Glauser<sup>3</sup>, l'autre le 5 février 2013 par le député Jean Tschopp<sup>4</sup>. Ces deux interpellations ont pour origine une procédure marchés publics qui a été lancée par l'Etat de Vaud, et menée à bien, pour l'agrandissement de l'établissement

---

<sup>1</sup> Initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts du 28 octobre 2008 pour mettre hors la loi le dumping social et salarial pour les entreprises sous-traitantes dans l'adjudication des marchés publics (08\_INI\_014).

<sup>2</sup> Postulat Grégoire Junod et consorts du 25 août 2009 demandant un état des lieux dans le canton en matière de violations des conditions de travail et de salaire en lien avec le phénomène de la sous-traitance, ainsi qu'un plan d'action de lutte contre la sous-enchère salariale en lien avec la sous-traitance (09\_POS\_143).

<sup>3</sup> Interpellation Alice Glauser du 29 janvier 2013 - Qui construit donc l'extension de la Croisée ? (13\_INT\_096).

<sup>4</sup> Interpellation Jean Tschopp et consorts du 5 février 2013 - Quelle maîtrise face à la sous-traitance dans l'attribution des marchés publics ? (13\_INT\_097)

pénitentiaire de La Croisée ; procédure qui a conduit à l'adjudication du marché à une entreprise générale, laquelle a recouru aux services d'un fournisseur étranger pour une prestation ne représentant pas plus de 25% de la valeur globale du marché mis en soumission.

Au niveau fédéral, plusieurs motions et interpellations ont également été déposées sur ce thème auprès du Parlement depuis 2009. Elles ont notamment conduit à la récente modification du 14 décembre 2012 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét, RS 823.20), qui est entrée en vigueur le 15 juillet 2013.

D'après l'article 120, alinéa 2 de la Constitution vaudoise du 14 avril 2003 (Cst-VD, RSV 101.01), le Conseil d'Etat édicte des règles de droit, dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorise. Il édicte des dispositions nécessaires à l'application des lois et des décrets.

La loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD, RSV 726.01) érige au rang des principes cardinaux à observer lors de la passation de marchés publics, celui du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (cf. art. 6, al. 1, lit. e) LMP-VD). Elle reprend sur ce point la règle prévue à l'article 11, alinéa 1, lettre e, de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (A-IMP, RSV 726.91). Selon l'article 6 du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RSV 726.01.1), il faut entendre par conditions de travail celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, celles qui résultent des prescriptions usuelles de la branche professionnelle. En l'état, le RLMP-VD aborde la problématique de la sous-traitance dans plusieurs dispositions, notamment ses articles 6, al. 1 et 2, 19, al. 2, et 44. Il convient de renforcer le dispositif réglementaire actuel.

L'article 8 LMP-VD confère au Conseil d'Etat la compétence de fixer, par voie de règlement, les dispositions cantonales d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics et de la LMP-VD. Son alinéa 2 énonce, de manière non exhaustive, les domaines dans lesquels le Conseil d'Etat est habilité à édicter des dispositions réglementaires.

Les présentes modifications du règlement d'application du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RSV 726.01.1) s'inscrivent dans ce contexte et tendent à renforcer le système en place pour prévenir et lutter plus efficacement contre les problèmes posés par la sous-traitance, notamment le dumping salarial et social. Elles visent essentiellement à améliorer la surveillance des sous-traitants et, d'une manière générale, les procédures marchés publics impliquant la participation de ces derniers.

## **Chapitre II Soumissionnaires**

### **Art. 6 Obligations du soumissionnaire**

Le nouvel article 5 LDét. entré en vigueur le 15 juillet 2013, renforce le régime de responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant actuel à l'égard de tous les sous-traitants (suisses ou étrangers) qui lui succèdent dans la chaîne contractuelle, en cas de non respect des conditions de travail et de salaire. A titre de rappel, la responsabilité solidaire a pour objectif d'empêcher certains abus liés aux chaînes de sous-traitance, principalement observables dans le domaine de la construction. Lorsque des mandats sont sous-traités dans le seul but d'obtenir

un bénéfice, la multiplication de cette sous-traitance a pour effet de réduire le niveau des prix. Cette pratique peut induire une pression sur les salaires, notamment si les prix tombent à un niveau auquel l'entreprise en charge de l'exécution ne peut plus respecter les conditions de travail et de salaire sans accuser des pertes.

Cette nouvelle disposition permet toutefois à l'entrepreneur contractant de s'exonérer de sa responsabilité s'il parvient à prouver qu'il a rempli son devoir de diligence lors de la sous-traitance des travaux. A cet effet, l'entrepreneur contractant doit, au moment où les travaux sont attribués, vérifier que les sous-traitants chargés de leur exécution respectent les conditions minimales de travail et de salaire énoncées à l'article 2 LDét.

Le renforcement du régime de la responsabilité solidaire au niveau fédéral et l'introduction d'un système d'exonération pour l'entrepreneur qui pourrait se voir adjudger un marché public, appellent une modification de l'article 6 RLMP-VD dans le but notamment d'imposer aux soumissionnaires l'obligation d'organiser un système de contrôle efficace de leurs sous-traitants.

L'alinéa 1, lettre a, est modifié à des fins de clarification. A l'avenir, le soumissionnaire devra clairement spécifier dans son offre le type, l'objet et l'importance des prestations sous-traitées. Le type de travaux sous-traités sera généralement désigné à l'aide des codes de frais de construction (CFC) du Centre suisse d'étude pour la rationalisation de la construction (CRB). Quant au type de services sous-traités, il appartiendra aux soumissionnaires de se référer aux codes CPV en vigueur (Guide du vocabulaire commun pour les marchés publics). L'objet indique l'ouvrage ou la partie de l'ouvrage concerné par les prestations sous-traitées, voire le projet visé par les services sous-traités. Enfin, l'importance des prestations à sous-traiter devra être chiffrées afin de pouvoir déterminer la part que représentent ces prestations par rapport à la valeur totale du marché.

Les lettres b et c de l'alinéa 1 sont modifiées de manière à étendre les obligations de renseigner du soumissionnaire à l'ensemble des participants à l'exécution du marché.

Le nouvel alinéa 2 impose désormais au seul soumissionnaire les obligations de vérification qui incombaient jusqu'alors, en partie du moins, à l'adjudicateur. Ainsi, le texte proposé ne prévoit plus que l'adjudicateur doit s'assurer du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail par les soumissionnaires, mais bien que le soumissionnaire doit respecter ces dispositions, sans indiquer le rôle éventuel de l'adjudicateur à cet égard.

L'alinéa 2, lettre a, ajoute une précision au texte actuel en indiquant que les dispositions relatives aux conditions de salaire doivent également être respectées par le soumissionnaire.

L'alinéa 2, lettre b, introduit l'obligation pour le soumissionnaire de prévoir dans les contrats qu'il conclut avec ses sous-traitants l'obligation pour ces derniers de respecter non seulement les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, mais également les autres obligations contenues dans le RLMP-VD. On songe notamment à l'obligation de payer les impôts et aux autres motifs d'exclusion de l'offre énoncés par l'article 32 RLMP-VD.

L'alinéa 3 règle désormais la question de savoir quelles conditions de travail et de salaires doivent être appliquées et respectées lorsque des prestations du marché sont exécutées à l'étranger.

En sus de l'obligation contenue à l'alinéa 2, lettre b, l'alinéa 5 contraint le soumissionnaire à effectuer des contrôles pour s'assurer que ses sous-traitants respectent notamment les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire pendant toute la durée du marché. Il lui impose également le fardeau de la preuve du respect de ces dispositions par ses sous-traitants sous peine de sanction.

L'alinéa 6 reprend enfin une solution déjà contenue dans le droit fédéral des marchés publics (cf. art. 6. al. 5 de l'Ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP ; RS 172.056.11)) en indiquant que l'adjudicateur insère des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire pour s'assurer du respect des obligations de ce dernier durant la phase d'exécution du marché.

## **Chapitre V Documents d'appel d'offres**

### **Art. 15 Documents d'appel d'offres (LMP-VD art. 8, lettre a)**

L'article 15 RLMP-VD énonce les indications minimales que tout adjudicateur doit obligatoirement faire figurer dans les documents d'appel d'offres. Cet article complète l'article 13 RLMP-VD qui définit les indications minimales obligatoires qui doivent être incluses dans l'avis d'appel d'offres lors de sa publication sur la plateforme internet simap.ch.

Au moment de l'annonce d'un marché, un pouvoir adjudicateur peut indiquer, dans les documents d'appel d'offres, s'il autorise les soumissionnaires à recourir à la sous-traitance et, le cas échéant, à quelles conditions. Il n'est ainsi pas rare de voir en pratique des adjudicateurs qui choisissent de limiter les cascades de sous-traitance en interdisant le recours à la sous-traitance indirecte (sous sous-traitance) ou qui décident d'autoriser la sous-traitance pour certains types de prestations seulement.

Comme déjà évoqué (cf. commentaire ad art. 6 ci-avant), la sous-traitance pose, dans certains secteurs, principalement celui de la construction, de nombreux problèmes en relation avec le respect des conditions de travail et de salaire des travailleurs.

L'article 15 RLMP-VD doit, par conséquent, être modifié afin que les soumissionnaires soient rendus attentifs dès le début de la procédure de soumission aux exigences applicables en matière de sous-traitance, et notamment aux contrôles qui devront être effectués pour s'assurer du respect des conditions de travail et de salaire.

La nouvelle lettre abis de l'article 15 RLMP-VD prévoit ainsi l'obligation pour les adjudicateurs d'indiquer dans les documents de soumission que les soumissionnaires sont tenus d'annoncer le nom et le siège de tous les participants suisses ou étrangers à l'exécution du marché, de même que le type, l'objet et l'importance des travaux ou services sous-traités. De cette manière, le pouvoir adjudicateur sera en mesure de connaître, lors du dépôt des offres, l'identité des différents participants au marché (par exemple : sous-traitants, fournisseurs) et pourra les faire contrôler pour s'assurer du respect des conditions de travail et de salaire, avant de les approuver.

Le soumissionnaire qui ne respecterait pas l'obligation d'annoncer le nom et le siège de tous les participants à l'exécution du marché, de même que le type, l'objet et l'importance des travaux ou services sous-traités dans son offre, pourrait être exclu de la procédure en application de l'article 32, alinéa 2, lettre a RLMP-VD.

## **Chapitre VIII Offres**

### **Art. 34 Explications**

Dans sa teneur actuelle, l'article 34 RLMP-VD permet à un pouvoir adjudicateur de questionner les soumissionnaires au sujet de leur aptitude et de leur offre. Il est nécessaire d'étendre ce droit d'information aux sous-traitants du soumissionnaire. La modification envisagée permet ainsi non seulement à l'adjudicateur de demander aux soumissionnaires des explications concernant leur offre et leur aptitude mais également d'obtenir auprès des soumissionnaires des renseignements se rapportant à l'aptitude de leurs sous-traitants.

## **Chapitre X Surveillance**

### **Art. 44 Surveillance des soumissionnaires**

Actuellement, l'article 44 RLMP-VD limite son champ d'application à la surveillance des soumissionnaires. Il est nécessaire d'étendre ce champ d'application aux sous-traitants des soumissionnaires pour permettre aux adjudicateurs de s'assurer du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, ainsi qu'à l'égalité entre hommes et femmes, dans le cadre de l'exécution de leurs marchés.

L'alinéa 1 indique désormais que le pouvoir de contrôle de l'adjudicateur s'étend également aux sous-traitants des soumissionnaires. Il prévoit également l'obligation pour les soumissionnaires qui choisissent de recourir à la sous-traitance pour l'exécution de certaines prestations du marché, de démontrer que leurs sous-traitants exécutent leurs tâches dans le respect des conditions de travail et de salaire applicables. Le nouvel alinéa 1 rappelle enfin que les soumissionnaires qui ne se conforment pas à cette obligation et dont les sous-traitants ne respectent pas les dispositions précitées, pourront être sanctionnés sur la base de l'article 14a LMP-VD.

L'alinéa 3 ajoute une précision au texte actuel en indiquant que les dispositions relatives aux conditions de salaire peuvent également être contrôlées par les organes paritaires.