

RAPPORT DE LA COMMISSION

chargée d'examiner l'objet suivant:

(312) Préavis du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur l'initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts visant à mettre hors-la-loi le dumping social et salarial pour les entreprises sous-traitantes dans l'adjudication des marchés publics et contre-projet de loi modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics

La Commission s'est réunie le jeudi 19 août 2010 à la salle de conférence P001 pour examiner l'objet susmentionné. Elle était composée de MM. Alexis Bally, Jérôme Christen, Bertrand Clot, Jean-Michel Dolivo, Grégoire Junod, Serge Melly, Gil Reichen, Nicolas Rochat et du rapporteur soussigné.

La séance s'est tenue en présence de M. le Conseiller d'Etat François Marthaler, Chef du Département des infrastructures (DINF), accompagné de M. Michel Rubattel, Secrétaire général du DINF, et M. Gueric Riedi, juriste au Secrétariat général du DINF. Mme Juliette Müller, du Secrétariat général du Grand Conseil, était chargé de prendre les notes de cette séance. Nous tenons à remercier toutes ces personnes de leur précieuse collaboration aux travaux de la Commission.

Deux commissaires font une déclaration d'intérêt et le rapporteur soussigné est confirmé dans sa fonction de président.

Discussion préalable

M. le Conseiller d'Etat signale tout d'abord que la problématique exposée par cette initiative législative le préoccupe depuis longtemps. Il mentionne à ce sujet que le DINF a déjà pris les devants en fixant l'interdiction de la sous-traitance indirecte (" sous-traitance de la sous-traitance ") dans les contrats d'entreprise avec ses adjudicataires. Ces mesures ont été prises avec l'appui des partenaires sociaux, Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE) et syndicats.

Néanmoins, M. le Conseiller d'Etat explique que l'instauration dans la loi d'une responsabilité solidaire, telle que proposées par cette initiative, n'est possible qu'au niveau fédéral, ceci en vertu du droit civil et de la répartition des tâches entre Confédération et cantons. Si une telle disposition devait tout de même être introduite au niveau cantonal, le Conseil d'Etat estime que les tribunaux seraient vraisemblablement amenés à se prononcer sur sa validité. C'est pourquoi, il propose une solution alternative, consistant à interdire la sous-traitance de la sous-traitance, comme le DINF le fait déjà.

M. l'Initiant rappelle ensuite que le but recherché par le Grand Conseil, qui a adopté à la majorité la prise en considération de cette initiative législative, est d'éviter les conséquences des phénomènes de sous-traitance en cascade en termes de non respect des droits des travailleuses et travailleurs, en instaurant une solidarité entre le soumissionnaire et ses sous-traitants en ce qui concerne les conditions

de travail ainsi que la loi sur l'égalité entre femmes et hommes. Il rappelle également que cette initiative vise l'ensemble des marchés publics et non seulement le secteur de la construction, comme le contre-projet du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne la validité juridique de l'initiative, il est estimé que l'intérêt public prépondérant visé par cette dernière autorise une dérogation à l'exhaustivité des règles de droit civil qui régissent les rapports entre employeurs et employés. Il s'agit donc d'une question d'appréciation que, cas échéant, les tribunaux devraient trancher. M. l'Initiant estime que le Grand Conseil devrait continuer à soutenir l'initiative, malgré le préavis du Conseil d'Etat. De plus, il ne voit pas de contradiction à soutenir également les mesures présentées par le Conseil d'Etat dans son contre-projet. Suite à une question d'un commissaire, il précise encore qu'il n'entend pas retirer cette initiative.

Discussion générale

Une première discussion s'engage sur le fait que le Conseil d'Etat n'a pas consulté les partenaires sociaux avant d'élaborer sa proposition de contre-projet. La Commission en prend acte. Un commissaire demande que la Commission suspende ses travaux afin de consulter les partenaires sociaux.

Cette motion d'ordre est refusée par 1 oui, 7 non et 1 abstention.

Une deuxième discussion s'engage sur le fait que le projet du Conseil d'Etat ne concerne que le secteur de la construction. M. le Conseiller d'Etat mentionne à cet effet qu'il n'y a pas de sous-traitance dans le domaine des services. Il indique cependant immédiatement qu'il ne s'opposera pas à un éventuel amendement visant à élargir la portée du contre-projet.

Une troisième discussion est lancée par divers commissaires qui considèrent que les bases légales cantonales et fédérales actuelles suffisent. De plus, en regard de ce qui peut se passer dans les marchés " non-publics ", ils estiment que la question des contrôles de l'ensemble du marché, et leur éventuel renforcement, est plus importante que les mesures proposées pour les marchés publics seuls. Par ailleurs, des commissaires évoquent le souci que des dispositions uniquement cantonales posent ensuite des problèmes complémentaires, notamment pour les chantiers publics intercantonaux. M. Rubattel précise à ce sujet que des contrôles vaudois viennent d'avoir lieu sans problème sur le chantier intercantonal de la route H144.

Une quatrième discussion porte sur les notions de sanctions (comme proposé par l'initiative) et d'interdiction (prônée par le contre-projet). Un commissaire s'étonne d'ailleurs que le Conseil d'Etat ait pu proposer une telle interdiction, signe pour lui d'une méconnaissance du terrain. Car, pour lui, interdire la sous-traitance devrait commencer par interdire de passer par des entreprises générales ! M. le Conseiller d'Etat précise à ce sujet que le Conseil d'Etat n'entend bien sûr pas interdire la sous-traitance, mais la sous-traitance de la sous-traitance, rappelant encore que l'adjudicataire est libre de recourir à plusieurs sous-traitants si nécessaire. Il faut en outre distinguer les travaux sous-traités des fournitures dont l'entreprise peut avoir besoin pour exécuter un ouvrage. Un commissaire est quand même convaincu que ces mesures vaudoises rendront la sous-traitance de compétence impossible, ce qu'il regrette.

Suite à une question, M. l'Initiant précise que la disposition du texte déposé relative à l'égalité entre femmes et hommes se réfère à l'égalité salariale. L'introduction d'un principe de responsabilité solidaire rendrait les entreprises adjudicataires responsables d'éventuelles inégalités salariales fondées sur le sexe commises par leurs sous-traitants ; ces derniers demeurant également responsables. A ce sujet, un commissaire n'a pas le sentiment qu'il y ait un lien entre une telle discrimination salariale et sous-traitance !

Discussion sur la procédure

Une large discussion s'est tenue en Commission au sujet de la procédure de vote, toujours en regard de savoir si le contre-projet du Conseil d'Etat en est bien un ou pas. Il a été convenu que les questions posées seraient relayées au Service de justice et de législation (S JL), dont le présent Rapport reprend ici les réponses reçues quelques semaines après les travaux de la Commission :

A la question de savoir si les membres de la Commission sont à même de se prononcer sur le fait qu'un contre-projet présenté par le Conseil d'Etat revête ou non la qualité de contre-projet, le S JL a délivré la réponse suivante : La commission peut proposer au Grand Conseil de ne pas entrer en matière sur le contre-projet.

S'agissant d'un objet de rang législatif et, donc de compétence du Grand Conseil, la question de savoir s'il s'agit bien d'un contre-projet est quelque peu artificielle, dans la mesure où, si le Grand Conseil devait refuser d'entrer en matière pour des motifs de forme, le Conseil d'Etat pourrait immédiatement représenter son projet, cette fois-ci de manière indépendante. La question de la connexité entre les deux projets, qui devraient véritablement apparaître comme les deux termes d'une alternative, paraît donc moins importante dans ce cadre. Cela étant, il est vrai que, si l'initiative s'en prend aux sous-traitants (directs) et tente d'instituer une responsabilité de l'adjudicataire pour leurs actes, le contre-projet ne vise lui que la sous-traitance indirecte. Ainsi, si le but poursuivi est le même, les deux projets ne sont pas réellement les deux termes d'une même alternative, mais pourraient se cumuler.

Interrogé sur le fait de savoir s'il est envisageable, conformément à la volonté émise par certains députés, de ne pas opposer l'initiative législative Dolivo au contre-projet amendé mais de les faire voter et accepter tous deux par le Grand Conseil, le S JL répond que le système de vote prévu par l'article 132, alinéa 4 Loi sur le Grand Conseil (LGC) est contraignant et qu'il n'est dès lors pas possible d'accepter les deux projets, l'un devant être opposé à l'autre (système "Grisel" abandonné pour les votes populaires, qui eux permettent le double oui). En revanche, il est possible, une fois l'un des deux projets choisi, de l'amender afin d'y inclure l'autre, étant toutefois entendu que les articles non soumis à la discussion ne peuvent être modifiés.

Enfin, à la question de savoir si l'initiant peut décider en l'état de modifier son initiative législative afin d'y intégrer le contre-projet amendé du Conseil d'Etat, le S JL nous a confirmé qu'une fois l'initiative déposée, l'initiant ne peut plus en modifier le texte, sauf à la retirer et à en présenter une nouvelle. Il ne dispose en effet que du droit de retirer son initiative jusqu'à son acceptation définitive (art. 132, al. 5 LGC).

Cette réponse détaillée confirme la procédure de vote retenue lors des travaux de la Commission.

Examen du préavis du Conseil d'Etat

Au point 2.2.1, un commissaire demande comment il sera possible de contrôler la sous-traitance à des entreprises extra-cantoniales, voire même étrangères. Il craint que le contrôle des chantiers ne pourra pas s'effectuer avec toute la rigueur nécessaire. Il évoque à ce sujet un récent arrêté du Tribunal fédéral fixant que c'est le lieu d'engagement qui fait foi en matière de salaire et de charges sociales, et non le lieu de travail !

M. le Conseiller d'Etat et M. le Secrétaire général du DINF précisent à nouveau ce qui a été dit dans la discussion générale, à savoir que la loi sur les marchés publics vaudois s'applique dans tout le canton et que, donc, le contrôle des chantiers, y compris intercantonaux, dans notre canton s'effectue avec toute la rigueur voulue par le Législateur.

Au point 3, un commissaire souhaiterait qu'au-delà de la protection des travailleurs, la question du

développement durable soit mieux évoquée.

Vote sur le projet de loi résultant de l'Initiative législative

La Commission passe ensuite au vote formel sur le texte proposé par cette initiative, sachant qu'elle avait été prise en considération par le Grand Conseil :

L'ajout d'un alinéa 4 nouveau à l'art. 14a de la Loi sur les marchés publics

Le soumissionnaire ainsi que toute entreprise sous-traitante ou participant à la réalisation d'un mandat sont solidairement responsables en cas de non-respect de l'article 6 lettre e et lettre f de la loi.

est accepté par 6 oui, 3 non et 1 abstention.

Votes sur le contre-projet du Conseil d'Etat

Art. 5 a Titre

Dans la suite de la discussion sur la portée de la loi sur les marchés publics au-delà du secteur de la construction, un commissaire dépose un amendement visant à supprimer " dans les marchés de la construction " dans le titre de cet article 5a.

D'aucuns évoquent le risque d'augmenter ainsi les recours possibles, bloquant la réalisation de projets.

Au vote, cet amendement est accepté par 8 oui, 0 non et 1 abstention.

Le titre devient donc *Sous-traitance indirecte.*

A l'issue de la discussion, et suite à l'amendement voté ci-après sur un alinéa 2 nouveau, un amendement a été déposé pour compléter le titre : " Sous-traitance indirecte et clause de retenue d'une garantie ".

Au vote, cet amendement est accepté par 6 oui, 3 non et 0 abstention.

Le titre devient donc *Sous-traitance indirecte et clause de retenue d'une garantie.*

Art. 5a al.1

Une discussion s'engage sur cet alinéa. Diverses propositions sont émises pour préciser, respectivement répondre aux différentes craintes liées aux risques d'une interdiction totale de la sous-traitance.

Au final, l'amendement suivant est déposé :

Al.1 La sous-traitance indirecte **requiert l'accord de l'adjudicateur.**

Au vote, cet amendement est adopté par 8 oui, 1 non et 0 abstention.

L'al. 1 devient donc *La sous-traitance indirecte requiert l'accord de l'adjudicateur.*

M. le Conseiller d'Etat précise qu'une adoption de cette formulation par le Grand Conseil n'empêchera pas le DINF de continuer à interdire la sous-traitance indirecte.

Art. 5a al.2

Un amendement visant à supprimer cet article n'est pas discuté et est adopté à l'unanimité.

L'al. 2 est donc supprimé.

Art. 5a al. 2 (nouveau)

Un amendement est déposé visant à inclure dans les contrats une clause de retenue d'une garantie qui doit permettre, en cas de défaillance du sous-traitant, le paiement des salaires ou charges sociales.

Plusieurs commissaires apportent des compléments et propositions de modifications.

Le texte de cet amendement devient : " L'adjudicataire est tenu d'insérer, dans les contrats qu'il conclut avec les sous-traitants, une clause de retenue d'une garantie sur le montant des travaux octroyés qui doit permettre, en cas de défaillance du sous-traitant, le paiement des salaires ou des charges sociales. Les dispositions d'application relatives à la fixation, à l'utilisation et à la libération de la garantie sont fixées par le Conseil d'Etat par voie réglementaire, après consultation des organisations du monde du travail. "

Au vote, cet amendement est adopté par 6 oui, 3 non et 0 abstention.

L'al. 2 (nouveau) devient donc : *L'adjudicataire est tenu d'insérer, dans les contrats qu'il conclut avec les sous-traitants, une clause de retenue d'une garantie sur le montant des travaux octroyés qui doit permettre, en cas de défaillance du sous-traitant, le paiement des salaires ou des charges sociales. Les dispositions d'application relatives à la fixation, à l'utilisation et à la libération de la garantie sont fixées par le Conseil d'Etat par voie réglementaire, après consultation des organisations du monde du travail.*

Art. 5a – Contre-projet du Conseil d'Etat tel qu'amendé par la Commission

Au vote, l'art. 5a est adopté par 6 oui, 3 non et 0 abstention.

L'art 5a devient donc :

Sous-traitance indirecte et clause de retenue d'une garantie

1. La sous-traitance indirecte requiert l'accord de l'adjudicateur.

2. L'adjudicataire est tenu d'insérer, dans les contrats qu'il conclut avec les sous-traitants, une clause de retenue d'une garantie sur le montant des travaux octroyés qui doit permettre, en cas de défaillance du sous-traitant, le paiement des salaires ou des charges sociales. Les dispositions d'application relatives à la fixation, à l'utilisation et à la libération de la garantie sont fixées par le Conseil d'Etat par voie réglementaire, après consultation des organisations du monde du travail.

Votes

Opposition de l'initiative législative au contre-projet du Conseil d'Etat tel qu'amendé

Par 6 oui, 1 non et 2 abstentions, la Commission recommande au Grand Conseil de retenir l'initiative et pas le contre-projet tel qu'amendé.

Opposition de l'initiative à la situation actuelle, soit vote d'entrée en matière

Par 6 oui, 3 non et 0 abstention, la Commission recommande au Grand Conseil d'entrer en matière et de voter l'initiative contre la situation actuelle.

Aucun rapport de minorité n'est annoncé en séance.

Le président est confirmé dans son rôle de rapporteur.

Le rapport de la Commission n'est rendu que tardivement, après avoir reçu les informations demandées au SJL et toujours sans savoir quelle est la position finale du Conseil d'Etat quant au contre-projet amendé.

Glion, le 15 octobre 2010.

Le président :
(Signé) *Laurent Wehrli*