

PREAVIS 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

1 INTRODUCTION

1.1 L'initiative

L'initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts vise, 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. Signée par son auteur et 20 cosignataires, elle a été déposée en date du 28 octobre 2008.

Initialement, l'initiative législative prévoyait la modification des articles 6, 7b et 14a alinéa 1 et 2 de la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP-VD, RSV 726.01) ainsi que l'introduction d'un nouvel alinéa 4 à l'article 14a de cette loi. Lors d'une séance du 12 janvier 2009, la Commission parlementaire chargée d'examiner l'initiative a toutefois décidé de circonscrire l'objet de l'initiative à l'introduction d'un alinéa 4 à l'article 14a LMP-VD, afin 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. Par cette adjonction, l'initiative compte renforcer la position des employés d'un sous-traitant dans les rapports de droit civil qui les lient à ce dernier et compléter les sanctions administratives et pénales déjà prévues par cette disposition.

A l'occasion de cette même séance, la Commission parlementaire chargée d'examiner l'initiative a proposé au Grand Conseil le renvoi au Conseil d'Etat. Ce renvoi a été accepté lors de la séance du Grand Conseil du 24 mars 2009.

1.1.1 Développement

L'initiant et ses consorts souhaitent introduire à l'article 14a de la loi sur les marchés publics, un alinéa supplémentaire dont le libellé est le suivant:

Art. 14a Sanctions

[...]

Al. 4 : "Le soumissionnaire ainsi que toute entreprise sous-traitante ou participant à la réalisation du

mandat sont solidairement responsables en cas de non-respect de l'article 6 lettre e et lettre f de la loi".

1.2 Procédure

L'initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts est soumise à la procédure définie par la loi sur le Grand Conseil du 8 mai 2007 (art. 127 et suivants LGC, RSV 171.01).

Conformément à la LGC, si l'auteur de l'initiative le demande expressément dans son développement écrit et moyennant que celui-ci soit signé par au moins dix députés, l'initiative est renvoyée directement à l'examen d'une commission chargée de préavis sur la prise en considération et le renvoi au Conseil d'Etat ou à une commission (art. 129 al. 1 LGC). S'il prend en considération totalement ou partiellement l'initiative, le Grand Conseil décide soit, de renvoyer l'objet au Conseil d'Etat, soit de traiter l'objet et de le transmettre à une commission (art. 131 LGC). Lorsque l'initiative prise en considération est renvoyée au Conseil d'Etat, celui-ci en est saisi pour préavis dans le délai que fixe le Grand Conseil. Le projet ne peut cependant pas être transformé en postulat (art. 132 al. 1 LGC). Le Conseil d'Etat peut, en même temps que son préavis, déposer un contre-projet à l'initiative ou proposer des amendements (art. 132 al. 2 LGC).

En l'occurrence, et conformément aux dispositions qui précèdent, la commission chargée d'examiner l'initiative a recommandé au Grand Conseil une prise en considération partielle de celle-ci – limitant son objet à l'introduction d'un alinéa 4 à l'article 14a LMP-VD relatif à la solidarité entre soumissionnaire et sous-traitant – et proposé son renvoi au Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat, conscient des nombreux problèmes causés par la sous-traitance et ses dérivés – en particulier dans le domaine de la construction – est décidé à prendre toutes les mesures possibles et à faire le maximum pour lutter contre ce fléau mais pas de la manière proposée par l'initiant. L'instauration d'une responsabilité solidaire telle que voulue par l'initiative législative n'est, pour les raisons qui vont suivre, pas du ressort du canton.

Le Conseil d'Etat délivre ainsi un préavis négatif à l'encontre de l'initiative et recommande au Grand Conseil de refuser le nouvel alinéa 4 de l'article 14a LMP-VD proposé par l'initiant. Il dépose, en revanche, un contre-projet à l'initiative qui vise à inscrire l'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte de travaux dans la LMP-VD pour les marchés de construction.

1.3 Analyse de l'article 14a, alinéa 4 LMP-VD au regard du droit fédéral

D'après la jurisprudence fédérale et la doctrine, les marchés passés par l'adjudicataire avec ses sous-traitants ne sont pas des marchés publics (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 22 novembre 2004, 2P.73/2004 ; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 114). La relation juridique entre l'adjudicateur et l'adjudicataire relève du droit des marchés publics (droit public), alors que les rapports juridiques entre l'adjudicataire et ses sous-traitants, entre les sous-traitants et leurs sous-sous-traitants, entre les sous-traitants et leurs employés ou encore entre les sous-sous-traitants et leurs employés relèvent du droit civil.

En application de la Constitution fédérale et de la répartition des compétences voulue et contenue dans celle-ci, la compétence législative en matière de droit civil appartient à la Confédération (art. 122, al. 1 Cst.). D'après la doctrine : *"La très grande majorité des dispositions constitutionnelles attributives de compétences permettent à la Confédération non seulement de légiférer, mais d'épuiser la matière en adoptant une réglementation exhaustive. L'entrée en vigueur de cette dernière supprime, conformément au principe de la primauté du droit fédéral qu'énonce l'art. 49 al. 1 Cst., toute compétence cantonale correspondante. Les cantons ne peuvent alors plus adopter ou appliquer de règles contraires à la législation fédérale. [...] Il est admis que la Confédération a épuisé ses*

compétences en droit privé (CC, CO et législation spéciale" (Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume I, p. 359-369). C'est partant à la Confédération qu'il appartient seule d'intervenir législativement dans la relation entre un sous-traitant et ses employés.

L'initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts tend à introduire, par le biais du droit cantonal des marchés publics, une responsabilité solidaire (d'un tiers soumissionnaire) dans la relation de droit civil existant entre le sous-traitant et ses employés. Dans la mesure où un canton n'est pas habilité à régler les rapports de droit civil, l'instauration d'une responsabilité solidaire dans les rapports entre le sous-traitant et ses employés, sur la base de sa législation sur les marchés publics, irait à l'encontre de la répartition des compétences inscrite dans la Constitution fédérale et serait dès lors anticonstitutionnelle.

L'initiative législative va à l'encontre de l'article 6 du Code civil qui réserve de manière déclarative les compétences des cantons en matière de droit public. D'après la jurisprudence, lorsque des relations juridiques tendent à l'application du droit privé fédéral et du droit public cantonal, la validité du droit public cantonal est soumise au respect des conditions suivantes : 1) la norme cantonale doit viser de manière adéquate un intérêt public pertinent. 2) Le droit public ne doit pas éluder le droit civil fédéral ni en contredire le sens ou l'esprit. 3) Les compétences du canton en matière de droit public ne peuvent avoir pour but de substituer à une règle de droit privé une autre règle ayant le même objet ou d'introduire une règle qui, par son objet, relève du droit privé. En l'occurrence, si l'on peut admettre que le projet de l'article 14a, alinéa 4 LMP-VD poursuit un but d'intérêt public pertinent - il instaure une mesure de protection en faveur des employés du sous-traitant - les deux autres exigences énoncées par la jurisprudence ne sont pas réunies. D'une part, l'article 14a, alinéa 4 LMP-VD instaure une règle qui, par son objet, relève du droit privé puisque la relation entre le sous-traitant et ses employés appartient au droit privé. D'autre part, la législation fédérale traite la problématique soulevée de manière exhaustive dans différentes lois au nombre desquelles on peut énumérer la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés, RS 823.20) et la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN, RS 822.41).

Du point de vue des assurances sociales, la modification légale proposée par l'initiative porte également atteinte aux articles 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) et 2 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20) qui imposent au seul employeur et donc au sous-traitant, l'obligation de payer des cotisations sociales. L'instauration de la solidarité voulue par l'initiant aurait pour effet de rendre l'adjudicataire et le sous-traitant solidairement responsables du paiement de ces cotisations alors que l'adjudicataire n'a pas le statut d'employeur. Or, la Confédération est seule compétente pour légiférer en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (art. 112, al. 1 Cst.).

Enfin, la présente initiative se heurte également à l'absence de compétence législative si l'on décidait d'aborder le problème sous l'angle de la protection des travailleurs. La Confédération bénéficie d'une compétence spécifique pour légiférer en matière de protection des travailleurs (art. 110, al. 1, lit. a, b, et d Cst.). C'est précisément sur cette compétence que repose le fondement de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés), loi dont l'article 5 al. 2 instaure un régime de responsabilité solidaire entre l'entrepreneur contractant et le sous-traitant pratiquement identique à celui voulu par l'initiant. Le préambule de la loi sur les travailleurs détachés se réfère, en effet, expressément à l'article 110, alinéa 1, lettres a et b de la Constitution fédérale.

Il apparaît ainsi qu'une responsabilité solidaire du soumissionnaire en faveur des employés d'un sous-traitant pourrait trouver son fondement dans une loi fédérale mais non pas dans une loi cantonale. Une responsabilité solidaire telle que celle voulue par l'initiant ne peut dès lors être introduite à

l'article 14a LMP-VD.

1.4 Situation dans les autres cantons

Les cantons du Valais, de Neuchâtel, de Fribourg, du Jura, de Genève, du Tessin et de Berne n'ont pas introduit une responsabilité solidaire du soumissionnaire et du sous-traitant vis-à-vis des employés de ce dernier dans leur législation sur les marchés publics. Ils n'ont pas non plus instauré de sanction directe à l'encontre des sous-traitants dans leur droit cantonal. Cette situation ne surprend guère puisqu'elle est conforme à la répartition des compétences inscrite dans la Constitution fédérale.

1.5 Situation au niveau de l'Union européenne

Au début de l'année 2009, le Parlement européen a établi un rapport sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production.

Dans ce rapport, le Parlement européen a notamment relevé que l'inscription d'une responsabilité conjointe et solidaire dans la législation communautaire serait un instrument approprié pour garantir que tous les sous-traitants assument la responsabilité sociale de leur entreprise en ce qui concerne les droits des travailleurs. En conséquence de quoi, le Parlement demandait à la Commission européenne de mettre en place, à l'échelle communautaire, un instrument juridique clair qui introduise une responsabilité conjointe et solidaire au niveau européen, tout en respectant les différents systèmes juridiques existant dans les Etats membres ainsi que les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Renseignements pris auprès de la Mission suisse à Bruxelles, il apparaît toutefois que l'instrument juridique destiné à introduire une responsabilité conjointe et solidaire ne sera, en définitive, pas contraignant. La direction générale du marché intérieur entendait en effet publier d'ici la fin de l'année 2009 un document sans force contraignante dans lequel la commission de l'emploi et des affaires sociales définit des standards sociaux en matière de marchés publics, document qui suffirait à satisfaire la demande exprimée par le Parlement européen dans son rapport. Ce document devrait être publié dans le courant de l'année 2010.

Au vu de ces éléments, il y a tout lieu de penser qu'une responsabilité solidaire n'est pas prête de voir le jour au niveau européen. Elle l'est d'autant moins si l'on considère les nombreux obstacles du processus législatif que devrait inmanquablement franchir toute législation susceptible d'instaurer une telle responsabilité dans le droit européen.

1.6 Situation en Belgique

D'après l'article 42 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le soumissionnaire est tenu d'assurer, en cas de carence de l'employeur à l'égard du personnel ayant travaillé ou travaillant sur le chantier, le paiement des sommes dues pour les prestations effectuées par ce personnel sur le chantier, à titre de rémunération et de cotisation de sécurité sociale. Il en va de même envers le personnel mis à la disposition du soumissionnaire par des sous-traitants. En cas de manquement de l'employeur ou d'un sous-traitant, l'employé lésé bénéficie d'une action directe contre le soumissionnaire. Après paiement, ce dernier est légalement subrogé aux droits de l'employé et peut alors récupérer son dû en agissant contre l'employeur.

Le droit belge prévoit dès lors une responsabilité subsidiaire du soumissionnaire en cas de carence de l'employeur dans ses rapports avec ses employés. Il n'instaure toutefois pas une véritable responsabilité solidaire.

1.7 Situation en France

En France, le titulaire (l'adjudicataire) d'un marché public de travaux ou d'un marché public de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne publique contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant de celui-ci (cf. art. 112 et 113 du nouveau Code des marchés publics dans sa version consolidée du 7 mars 2009).

Ces obligations sont également formulées dans la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance qui est applicable en matière de marchés publics. D'après l'article 3 de cette loi : "L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant".

En ce qui concerne tout spécialement les marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et les entreprises publiques, l'article 6 de la loi précitée prévoit que le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Au vu de ce qui précède, le droit français ne semble pas non plus avoir recouru à l'institution de la responsabilité solidaire pour assurer la protection des travailleurs dans le domaine de la sous-traitance.

1.8 Situation en Allemagne

Le droit allemand connaît une responsabilité solidaire de l'entrepreneur en matière de sous-traitance. Selon le paragraphe 28e, alinéa 3a du quatrième livre du code social allemand, un entrepreneur principal dans le secteur de la construction répond des obligations financières d'un sous-traitant engagé par ses soins pour toutes les contributions sociales, soit pour l'ensemble des cotisations aux assurances sociales, à l'exception des cotisations à l'assurance-accidents. Cette responsabilité vaut pour la période durant laquelle le sous-traitant a exercé une activité au service de l'entrepreneur principal. L'entrepreneur principal n'encourt toutefois aucune responsabilité s'il parvient à fournir la preuve qu'en l'absence de toute faute, il pouvait partir du principe que le sous-traitant remplirait ses obligations de paiement à l'égard des assurances sociales.

Il ressort de la réglementation allemande précitée que la responsabilité solidaire de l'entrepreneur se limite aux cotisations des assurances sociales et qu'elle ne s'étend pas aux prestations relevant de la relation contractuelle entre un sous-traitant et ses employés. A titre d'exemple, un entrepreneur qui recourt à la sous-traitance ne pourrait donc être tenu solidairement responsable du paiement du salaire de l'employé d'un sous-traitant en cas de manquement de ce dernier. On constate ainsi que le droit allemand n'apporte qu'une solution partielle à la problématique abordée dans l'initiative.

2 AUTRES MOYENS D'ACTION

Faute de pouvoir inscrire une responsabilité solidaire du soumissionnaire dans son droit, en l'occurrence à l'article 14a LMP-VD, le canton de Vaud ne se trouve pas pour autant privé de tout moyen pour lutter contre les problèmes posés par la sous-traitance en relation avec la protection des travailleurs dans le domaine des marchés publics.

Les mesures exposées, ci-après, pourraient constituer des moyens d'action efficaces en attendant que soit proposée l'inscription d'une responsabilité solidaire du soumissionnaire dans une loi de rang fédéral ou l'instauration d'une loi fédérale générale sur la sous-traitance.

2.1 Les pouvoirs adjudicateurs peuvent s'obliger à appliquer les dispositions existantes du Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RSV 726.01.1)

L'article 44 RLMP-VD prévoit, en effet, que : *"Les adjudicateurs peuvent contrôler ou faire contrôler le respect des dispositions de la protection du travail, des conditions de travail et d'égalité de traitement des hommes et femmes. Sur demande, les soumissionnaires doivent en démontrer le respect (al. 1). Certains contrôles peuvent être délégués par le Conseil d'Etat aux associations professionnelles intéressées (al. 2). Les organes paritaires institués par les conventions collectives pour veiller au respect de leur application peuvent être chargés, par les adjudicateurs, de contrôler l'application des dispositions relatives aux conditions de travail (al. 3)".*

Les différents pouvoirs adjudicateurs devraient ainsi faire usage de la possibilité offerte par l'article 44, alinéa 1 RLMP-VD et intervenir de manière plus systématique auprès des soumissionnaires.

2.2 S'agissant des marchés de travaux (construction), principalement touchés par les problèmes liés à la sous-traitance (dumping social, dumping salarial, travail au noir, etc.), le Conseil d'Etat propose d'étendre à tous les marchés publics de travaux, la pratique récemment instaurée par le Département des infrastructures dans ses appels d'offre et présente un contre-projet visant à interdire le recours à la sous-traitance indirecte pour ce type de marché.

Les effets néfastes de la sous-traitance dans les marchés de travaux sont étroitement liés à la dilution de la responsabilité de l'adjudicataire. L'interdiction du recours à toute forme de sous-traitance indirecte (ou sous-sous-traitance) pour ces marchés permettrait de lutter efficacement contre ces effets. Ainsi, lorsqu'un sous-traitant n'est pas en mesure de fournir une prestation, il doit se retirer du marché et en informer l'adjudicataire. Ce dernier peut alors rechercher un autre sous-traitant. Ce mécanisme permet de responsabiliser l'adjudicataire et d'éviter la dilution de sa responsabilité.

Selon la pratique instaurée par le Département des infrastructures dans les marchés de travaux, le recours à la sous-traitance indirecte est exclu dans les conditions générales de ses appels d'offres. Les adjudicateurs et les soumissionnaires acceptent le principe d'exiger les noms des sous-traitants directs avec le dossier d'appel d'offres et de soumettre, pour examen, la liste des sous-traitants indiqués avec le procès-verbal d'ouverture des offres au syndicat Unia et à la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE). Ce dispositif doit permettre de détecter les sous-traitants non conformes, notamment au regard de la LTN dans le domaine de la construction. Les soumissionnaires peuvent indiquer plusieurs noms d'entreprises sous-traitantes potentielles dans leur offre. L'adjudicateur exclut le sous-traitant non conforme et le biffe de la liste. Dès adjudication, l'adjudicataire doit alors indiquer quel est le sous-traitant de la liste validée qu'il choisit pour exécuter le travail et l'annonce à l'adjudicateur.

Le processus proposé serait, en conséquence, le suivant:

1. Les conditions générales prévoient explicitement l'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte et attirent l'attention des soumissionnaires à cet égard.

2. Les documents d'appel d'offres renferment l'obligation pour le soumissionnaire d'annoncer tous ses sous-traitants (mêmes potentiels) lors du dépôt de son offre au moyen d'un tableau.
3. Une fois l'offre déposée, le pouvoir adjudicateur transmet le procès-verbal d'ouverture des offres ainsi que le tableau des sous-traitants proposés au syndicat Unia et à la Fédération vaudoise des entrepreneurs (éventuellement directement à la Commission paritaire) pour contrôle et épuration.
4. Lorsque le contrôle révèle qu'un sous-traitant n'est pas conforme, l'adjudicateur en est informé et avise le soumissionnaire que le sous-traitant est refusé.
5. L'adjudication intervient en toute connaissance de cause pour le pouvoir adjudicateur qui connaît le nom des sous-traitants conformes.
6. A l'ouverture du chantier, l'adjudicataire a l'obligation de déclarer au maître de l'ouvrage les sous-traitants qu'il a choisis.
7. L'adjudicateur peut alors, selon les cas, faire intervenir les contrôleurs de chantier.
8. En cas de condamnation fondée sur l'article 13 LTN, une exclusion des marchés publics pourra être prononcée à l'encontre du sous-traitant.

La généralisation de la pratique susmentionnée dans les différents marchés de construction du canton permettrait de diminuer sensiblement les possibilités de sous-traitances non conformes et garantirait ainsi une meilleure protection des travailleurs. Elle est, en effet, plus contraignante que les solutions proposées par la norme SIA 118 (cf. art. 29) ou le Code des obligations (cf. art. 364 al. 2 CO).

2.2.1 Contre-projet

Le Conseil d'Etat soutient la pratique instaurée par le Département des infrastructures et considère l'exclusion du recours à la sous-traitance indirecte dans les conditions générales d'appel d'offres comme un moyen de lutte efficace contre les dérives de la sous-traitance. Il constate cependant que cette mesure perdrait de son efficacité si elle ne devait s'étendre qu'aux seuls marchés de travaux adjugés par le Canton et propose, dès lors, de franchir le pas en faisant inscrire l'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte de travaux dans la LMP-VD, de manière à ce qu'elle s'applique à l'ensemble des marchés publics de travaux [et qu'elle s'impose aux adjudicataires comme aux différents pouvoirs adjudicateurs.] Cette interdiction ne concerne pas les autres types de marchés que sont les marchés de fourniture et les marchés de service. Elle ne s'étend pas aux fournisseurs de produits qui interviendraient dans le cadre d'un marché de construction. En effet, à la différence de la prestation du vendeur (fournisseur), la prestation du sous-traitant est spécifiquement adaptée à un ouvrage déterminé (par exemple béton frais, préfabrication sur mesure, fers et aciers façonnés, etc.). L'interdiction s'applique en revanche à tous les marchés de construction selon la Classification centrale des produits (CPC) de l'OMC[1],

L'article 14a alinéa 2 LMP-VD qui confère la possibilité de sanctionner par l'amende ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans, le soumissionnaire qui aurait commis des violations, intentionnelles ou par négligence, des règles régissant les marchés publics pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, viendrait alors renforcer cette interdiction puisque tout soumissionnaire qui contreviendrait à l'interdiction de la sous-traitance indirecte pourrait, à l'avenir, être sanctionné et exclu du droit des marchés publics pendant une certaine durée. L'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte s'applique à tout soumissionnaire (adjudicataire) dans le cadre d'un marché de construction régi par la législation cantonale. Elle comporte certes une atteinte à la liberté contractuelle du soumissionnaire, atteinte qui est toutefois admissible puisqu'elle répond à un intérêt public prépondérant : éviter la dilution des responsabilités, assurer un marché équilibré, favoriser le respect de pratiques loyales en matière de marchés publics et, partant, l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Elle se cantonne de plus exclusivement aux seuls marchés de

travaux. D'après la doctrine et la jurisprudence, le maître de l'ouvrage peut décider d'interdire ou de limiter le recours à des sous-traitants de la part de l'entrepreneur dans le cadre du contrat d'entreprise (cf. Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3^{ème} édition, n. 3922, p. 572 et Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4^{ème} édition, traduction française par Benoît Carron, Le contrat d'entreprise, n. 627, p. 190 ainsi que l'arrêt publié dans la RVJ 1992 348). Le maître de l'ouvrage peut dès lors légitimement interdire à l'entrepreneur de recourir à des sous-sous-traitants. Cette interdiction peut être transposée dans le droit des marchés publics et imposée par la loi sur les marchés publics au soumissionnaire.

Ces différentes raisons amènent le Conseil d'Etat à proposer un contre-projet à l'initiative législative Jean-Michel Dolivo et consorts afin d'inscrire l'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte pour les marchés de travaux dans la législation cantonale sur les marchés public et contraindre le soumissionnaire à insérer une clause à cet effet dans les contrats qu'il conclut avec ses sous-traitants.

[1] Seraient principalement concernés, les travaux de préparation des sites et chantiers de construction (CPC 511), les travaux de construction de bâtiments (CPC 512), les travaux de construction d'ouvrages de génie civil (CPC 513), l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués (CPC 514), les travaux d'entreprises de construction spécialisées (CPC 515), les travaux de pose d'installations (CPC 516), les travaux d'achèvement et de finition des bâtiments (CPC 517) ainsi que les services de location de matériel de construction ou de démolition pour bâtiments ou ouvrages de génie civil, avec opérateur (CPC 518).

3 CONSEQUENCES

3.1 Légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité) de l'initiative législative DOLIVO et consorts

Introduction d'un alinéa 4 à l'article 14a LMP-VD.

3.2 Légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité) du contre-projet

Introduction d'un article 5a dans la LMP-VD.

3.3 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

Néant.

3.4 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et éc

Néant.

3.5 Personnel

Néant.

3.6 Communes

Néant.

3.7 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

Néant.

3.8 Programme de législature (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.9 Loi sur les subventions (application, conformité)

Néant.

3.10 Constitution (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.11 Plan directeur cantonal (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.12 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.13 Simplifications administratives

Néant.

3.14 Autres

Néant.

4 CONCLUSION

Constatant que la disposition légale réclamée par l'initiant est contraire au droit fédéral, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil:

- de rejeter 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 en introduisant un alinéa 4 à l'article 14a de la LMP-VD ;
- d'adopter le contre-projet présenté par le Conseil d'Etat qui vise à inscrire l'interdiction du recours à la sous-traitance indirecte de travaux dans la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics.

Texte actuel

Projet

PROJET DE LOI
sur les marchés publics (LMP-VD) du 24 juin 1996

du 23 juin 2010

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

Vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

décrète

Article premier

¹ La loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 est modifiée comme suit:

Art. 14 a Sanctions

¹ Les violations, intentionnelles ou par négligence, des règles régissant les marchés publics par un soumissionnaire pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat peuvent selon leur gravité être sanctionnées par l'adjudicateur par l'avertissement ou la révocation de l'adjudication.

² Le Département des infrastructures, sur dénonciation, peut prononcer une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre et/ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés. Il est également l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN) .

³ Les sanctions n'excluent pas d'autres poursuites judiciaires à l'encontre

Art. 14 a Sanctions

¹ sans changement

² sans changement

³ sans changement

du soumissionnaire fautif.

Texte actuel

Projet

⁴ Le soumissionnaire ainsi que toute entreprise sous-traitante ou participant à la réalisation du mandat sont solidairement responsables en cas de non-respect de l'article 6 lettre e et lettre f de la loi.

Art. 2

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a), de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 23 juin 2010.

Le président :

Le chancelier :

P. Broulis

V. Grandjean

Texte actuel

Projet

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 23 juin 2010.

Le président :

Le chancelier :

P. Broulis

V. Grandjean