



Berne, le 17 août 2022

Sanctions au lieu d'exécution des travaux: garantie du respect des exigences sociales minimales dans les marchés publics

Rapport du Conseil fédéral en réponse au
postulat [19.4213](#) Bourgeois du 26 septembre
2019

Table des matières

1	Condensé.....	3
2	Situation initiale	3
3	Respect des exigences sociales minimales dans les procédures d'acquisition.....	4
3.1	<i>Le respect des exigences sociales, une condition de participation impérative</i>	<i>4</i>
3.1.1	<i>Dispositions relatives à la protection des travailleurs (art. 3, let. e, LMP).....</i>	<i>4</i>
3.1.2	<i>Conditions de travail (art. 3, let. d, LMP)</i>	<i>4</i>
3.1.3	<i>Obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN</i>	<i>5</i>
3.1.4	<i>Égalité salariale (LEg).....</i>	<i>5</i>
3.1.5	<i>Remarque concernant la loi sur les travailleurs détachés.....</i>	<i>5</i>
3.2	<i>Garantie du respect des exigences sociales</i>	<i>5</i>
3.2.1	<i>Preuves.....</i>	<i>6</i>
3.2.2	<i>Contrôles</i>	<i>6</i>
3.3	<i>Possibilités de sanctions en cas de non-respect des exigences sociales.....</i>	<i>6</i>
3.3.1	<i>Sanctions prévues par le droit des marchés publics</i>	<i>7</i>
3.3.2	<i>Sanctions prévues par le droit des contrats</i>	<i>7</i>
3.3.3	<i>Autres sanctions.....</i>	<i>7</i>
3.4	<i>Échange d'informations</i>	<i>8</i>
4	Pratique des services adjudicateurs de la Confédération en matière d'exécution	8
4.1	<i>Preuves et contrôle du respect des exigences sociales.....</i>	<i>8</i>
4.2	<i>Sanctions.....</i>	<i>9</i>
5	Exécution des différents systèmes de contrôle.....	9
5.1	<i>Vérification du respect des dispositions sur la protection des travailleurs</i>	<i>9</i>
5.2	<i>Vérification des conditions de travail.....</i>	<i>9</i>
5.3	<i>Contrôle des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN.....</i>	<i>10</i>
5.4	<i>Particularités du secteur de la construction.....</i>	<i>11</i>
5.4.1	<i>Excursus: SIAC</i>	<i>11</i>
5.5	<i>Vérification du respect de l'égalité salariale</i>	<i>12</i>
6	Conclusion et mesures recommandées	12

1 Condensé

Le Conseil fédéral présente le rapport suivant en réponse au postulat 19.4213 Bourgeois du 26 septembre 2019. Le postulat est libellé comme suit:

Le Conseil fédéral est invité à examiner et à présenter dans un rapport les mesures à prendre au lieu d'exécution des travaux dans le cadre de la mise en œuvre de la loi sur les marchés publics révisée, pour prévenir efficacement et, le cas échéant, sanctionner le non-respect des conditions de travail ou des dispositions relatives à la protection des travailleurs par les soumissionnaires ou les partenaires contractuels de la Confédération.

Dans son développement, le conseiller national Bourgeois explique que les débats sur la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) ont révélé de fortes attentes quant à la prise en compte de la durabilité dans les marchés publics. En Suisse, les mandats publics ne sauraient être attribués qu'à des soumissionnaires respectant notamment les conditions de travail ou les dispositions relatives à la protection des travailleurs. Une priorité élevée doit donc être accordée à l'application de ces dispositions et, en particulier, au lieu d'exécution des travaux, tant lors des procédures d'acquisition que dans l'exécution du contrat.

Les systèmes de contrôle du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail en vigueur, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN et de l'égalité salariale entre femmes et hommes sont très complets. Dans les domaines de la protection des travailleurs et de la lutte contre le travail au noir, l'exécution ou le contrôle incombe, au niveau fédéral, aux autorités cantonales compétentes. Dans le domaine de l'égalité salariale entre femmes et hommes, le contrôle au niveau fédéral incombe au BFEG ou à d'autres tiers qui peuvent être chargés de ce contrôle. Les différents organes de contrôle assument leurs tâches et effectuent des vérifications administratives ou des contrôles sur le terrain en fonction des risques. Les organes chargés de l'exécution peuvent, si nécessaire, prononcer des sanctions. Ce système d'exécution et de contrôle s'est établi au fil du temps et fait l'objet de vérifications et d'optimisations régulières de la part des organes d'exécution des pouvoirs publics et des partenaires sociaux selon les compétences de chacun. Ces systèmes déploient de ce fait les effets voulus. Autrement dit, la pratique actuelle en matière d'adjudication garantit efficacement le respect du volet de durabilité sociale des conditions de participation, et les services d'achat de la Confédération peuvent se fonder, pour l'exécution de la LMP, sur les systèmes de contrôle existants. C'est ce que confirme le rapport d'experts réalisé par interface Politikstudien Forschung Beratung AG (cf. annexe), sur lequel repose le présent rapport du Conseil fédéral.

L'une des principales difficultés réside dans la communication des résultats de contrôle et des décisions de sanction entre les acteurs concernés, sous l'angle technique, d'une part, et sous celui de la protection des données, d'autre part. Il convient de respecter les prescriptions relatives au traitement et à la communication de données personnelles ainsi que de données sensibles. À cet égard, différentes prescriptions s'appliquent aux différents acteurs (loi fédérale sur la protection des données; lois cantonales sur la protection des données; éventuellement, dispositions légales spéciales). L'accès des services d'achat de la Confédération aux informations nécessaires est toutefois garanti, pour autant que les responsables cherchent activement, au cas par cas, à les obtenir.

2 Situation initiale

Conformément à l'énoncé du postulat, le rapport se concentre sur les prestations fournies en Suisse pour le compte de la Confédération. Faute de relever de la LMP, les marchés passés par les cantons ou les communes ne font pas l'objet du présent rapport. En raison de son importance pour les marchés publics de la Confédération, le secteur de la construction y occupe une place de choix. Pour être à même de répondre aux questions complexes soulevées par le postulat, la Conférence des achats de la Confédération (CA) et la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) ont commandé un rapport d'experts, qui figure en annexe et qui sert de base au rapport du Conseil fédéral.

3 Respect des exigences sociales minimales dans les procédures d'acquisition

3.1 Le respect des exigences sociales, une condition de participation impérative

L'art. 12, al. 1, LMP prévoit que les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail au lieu de la prestation (principe du lieu d'exécution), les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. L'adjudicateur doit par conséquent *veiller* à ce que les soumissionnaires et leurs sous-traitants respectent les exigences sociales. Deuxièmement, le non-respect de ces exigences expose à des *sanctions*. Troisièmement, la LMP garantit désormais les *échanges d'informations* entre l'adjudicateur et les autres autorités concernées ou les organes de contrôle. Cette obligation s'applique aussi aux sous-traitants. Le soumissionnaire doit les en informer et les contrats qu'il conclut avec ceux-ci doivent préciser que la sous-traitance partielle ou totale d'un marché suppose le respect des exigences minimales¹.

3.1.1 Dispositions relatives à la protection des travailleurs (art. 3, let. e, LMP)

Les dispositions relatives à la protection des travailleurs comprennent les prescriptions concernant la protection de la santé et la sécurité au travail, les réglementations relatives aux temps de travail et au repos ainsi que les dispositions visant à protéger les personnes particulièrement vulnérables (les mères et les adolescents). Les normes du droit public du travail en font partie, y compris celles de la loi du 13 mars 1964 sur le travail (LTr) et de ses ordonnances d'exécution. Relèvent notamment du droit d'exécution les ordonnances (OLT) 1 à 5 relatives à la LTr, l'ordonnance du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité, l'ordonnance du DEFR du 4 décembre 2007 sur les travaux dangereux pour les jeunes et l'ordonnance du DEFR du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale. Les dispositions relatives à la prévention des accidents (loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA] et ses ordonnances d'application) et celles visant à prévenir les accidents et les maladies professionnels en font également partie.

L'exécution et le contrôle du droit public du travail incombent en premier lieu aux cantons (art. 41 LTr, sous réserve de l'art. 42, al. 2, LTr), qui désignent les autorités chargées de l'exécution (inspections cantonales du travail [ICT]). Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) exerce la haute surveillance sur l'exécution des prescriptions par les cantons (art. 42, al. 1, LTr)². L'exécution des prescriptions sur la prévention des accidents et des maladies professionnels (art. 85, al. 1, LAA) incombe aux ICT (art. 47 de l'ordonnance sur la prévention des accidents [OPA]) ou à la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA; art. 49 et 50 OPA).

3.1.2 Conditions de travail (art. 3, let. d, LMP)

Les conditions de travail pertinentes sont les règles relatives au salaire ou au salaire minimum, les prescriptions relatives aux temps de travail et de repos et les prescriptions en matière de résiliation. Concrètement, on entend par conditions de travail au sens de l'art. 12, al. 1, en relation avec l'art. 3, let. d, LMP, les dispositions impératives du code des obligations (CO; cf. art. 361 et 362 CO) et les dispositions des conventions collectives de travail (CCT; cf. art. 356, al. 1, et 357 CO) et des contrats-types de travail (CTT; cf. art. 360 CO) ou, lorsque ces instruments font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession (cf. art. 3, let. d, LMP). S'il existe une CCT dans une branche donnée, le soumissionnaire n'est pas tenu d'y adhérer, mais l'adjudicateur peut exiger de lui

¹ BO 2018 N 992, p. 1012. Kunz-Notter Pandora, Handkommentar Beschaffungsrecht, n. 19 sur l'art. 12.

² Les cantons et le SECO gèrent des *systèmes d'information ou de documentation* afin d'accomplir les tâches prévues par la LTr (art. 44b, al. 1, LTr et 85 à 90 OLT 1). Ces systèmes peuvent contenir, notamment, des données sur les procédures administratives ou pénales engagées en vertu de la LTr (art. 44b, al. 2, LTr et 85 OLT 1). Les autorités de la Confédération et des cantons qui sont compétentes pour l'exécution de la LTr ou de la LAA s'accordent mutuellement accès à leurs données, pour autant que l'accomplissement de leurs tâches l'exige. Elles peuvent connecter leurs systèmes d'information et de documentation automatisés (art. 87, al. 1 et 2, OLT 1).

qu'il en respecte les conditions de travail, notamment les salaires minimaux prévus.

Le contrôle du respect de ces règles incombe aux organes d'exécution paritaires (art. 357b CO), aux associations d'employeurs ou de travailleurs (art. 357a CO) ou aux *commissions tripartites* (art. 360b CO). Dans le domaine de la construction, les commissions paritaires sont épaulées, pour leurs activités d'exécution, par l'association paritaire Système d'information Alliance construction (SIAC).

3.1.3 Obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN

Les soumissionnaires sont tenus de respecter, dans les procédures des marchés publics, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN, qui concernent le droit des assurances sociales, le droit des étrangers et le droit de l'impôt à la source.

Le contrôle du respect de ces obligations incombe aux organes de contrôle cantonaux (art. 4 et 11 LTN)³.

3.1.4 Égalité salariale (LEg)

Un soumissionnaire ne peut participer à la procédure d'adjudication que s'il respecte les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes (art. 8, al. 3, de la Constitution [Cst.] et 3, al. 2, de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité [LEg]). Le principe de l'égalité salariale veut que dans une même entreprise, les femmes et les hommes touchent le même salaire pour un travail équivalent. Il faut aussi respecter les dispositions relatives à l'analyse de l'égalité des salaires et à la vérification (art. 13a ss LEg).

L'adjudicateur peut confier les contrôles relatifs à l'égalité salariale au BFEG ou à d'autres tiers. Le BFEG règle les détails de ses activités de contrôle dans la directive du 1^{er} janvier 2021 intitulée «Contrôles du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération».

Ils reposent sur l'outil d'analyse standard Logib, que la Confédération met gratuitement à la disposition de tous les employeurs conformément à l'art. 13c LEg. Le BFEG informe l'adjudicateur, la CA et le soumissionnaire du résultat du contrôle. Le soumissionnaire est tenu de participer aux contrôles ordonnés. La Confédération a fixé le nombre de contrôles à effectuer par année dans le budget 2022 assorti d'un plan intégré des tâches et des finances 2023-2025. Selon ce budget, le BFEG effectuera chaque année 30 nouveaux contrôles.

3.1.5 Remarque concernant la loi sur les travailleurs détachés

En vertu de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement, les conditions minimales de travail et de salaire en vigueur en Suisse s'appliquent aussi aux travailleurs détachés (art. 2 LDét). Si un employeur ayant son siège ou son domicile à l'étranger détache des travailleurs en Suisse, il doit respecter les prescriptions impératives en matière de rémunération minimale, de durée du travail et du repos, de durée minimale des vacances, de sécurité et de protection de la santé sur le lieu de travail, de protection des femmes enceintes, des accouchées, des enfants et des jeunes ainsi que d'égalité de traitement entre femmes et hommes.

Le respect de ces exigences est contrôlé par les organes paritaires, les commissions tripartites, les autorités fédérales compétentes ou par les autorités désignées par les cantons (art. 7 LDét). L'autorité cantonale compétente peut prononcer des sanctions (art. 9 LDét). Le SECO établit une liste des entreprises ayant fait l'objet d'une sanction entrée en force (art. 9, al. 3, LDét).

3.2 Garantie du respect des exigences sociales

Selon le droit révisé, l'adjudicateur doit garantir «que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, [en l'occurrence] en particulier le respect des exigences

³ Kunz-Notter, Pandora, Leistungsortsprinzip und Herkunftsortsprinzip: Differenzen zwischen dem neuen Beschaffungsrecht und dem Binnenmarktrecht?, in: BR 3/2021, p. 129 ss; rapport du Conseil-exécutif du canton de Berne relatif à l'ordonnance portant introduction de l'accord intercantonal sur les marchés publics (Oi AIMP) du 13 janvier 2021, p. 10.

sociales», tant lors de la procédure d'adjudication que lors de l'exécution du marché adjugé (art. 26, al. 1, LMP). En formulant cette «obligation de garantie», le législateur fédéral a voulu accroître la responsabilité de l'adjudicateur quant au respect des conditions de participation⁴.

3.2.1 Preuves

L'adjudicateur «peut exiger des soumissionnaires qu'ils prouvent le respect des conditions de participation» (art. 26, al. 2, LMP). La décision concernant la forme des garanties à fournir relève de sa marge d'appréciation et doit en principe être spécifique au projet et fondée sur les risques.⁵ «L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment» (art. 26, al. 3, LMP). La preuve la plus fréquente en pratique est la remise d'une déclaration signée (art. 26, al. 2, LMP en relation avec l'art. 4, al. 4, OMP). En complétant la déclaration, les soumissionnaires attestent qu'ils respectent les conditions de participation visées à l'art. 12, al. 1, LMP et confirment en outre qu'eux-mêmes ou leurs sous-traitants ne font pas l'objet d'une exclusion entrée en force des marchés publics en vertu des art. 44 et 45 LMP ou de l'art. 25, al. 4, OMP ou d'une condamnation entrée en force pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers.

Les soumissionnaires ayant au moins 100 employés «doivent en outre fournir un justificatif attestant de la manière dont la pratique salariale a été vérifiée».

Outre la déclaration, l'inscription sur une liste constitue également une preuve admissible. Les fournisseurs peuvent encore être tenus de fournir une attestation CCT émise par une commission paritaire, un justificatif de leur inscription sur un registre professionnel ou un certificat spécifique.

L'adjudicateur peut encore demander des preuves supplémentaires qui ne sont pas mentionnées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, en cas de doutes justifiés sur l'authenticité des preuves lui ayant été remises.

3.2.2 Contrôles

L'adjudicateur est libre de contrôler lui-même le respect des exigences définies à l'art. 12, al. 1, LMP ou de déléguer cette compétence à des tiers (organes de contrôle paritaires, par ex.), à moins que ce contrôle n'ait été confié à une autorité instituée par une loi spéciale ou à une autre instance compétente. Pour les besoins de ces contrôles, l'adjudicateur peut, conformément à l'art. 12, al. 5, LMP, fournir à l'autorité ou à l'organe de contrôle les informations nécessaires et mettre des documents à leur disposition.

Les organes de contrôle compétents sont les suivants:

- les autorités cantonales d'exécution au sens de l'art. 41 LTr (ICT);
- les organes d'exécution au sens de l'art. 85 LAA (ICT ou CNA);
- les organes paritaires d'exécution au sens de l'art. 3 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail;
- les commissions tripartites au sens de l'art. 360b CO;
- les organes de contrôle au sens de l'art. 4 LTN;
- les autorités au sens de l'art. 11 LTN, notamment dans les domaines du droit des assurances sociales, du droit des étrangers et du droit de l'impôt à la source;
- les bureaux de l'égalité entre femmes et hommes.

3.3 Possibilités de sanctions en cas de non-respect des exigences sociales

Un soumissionnaire qui contrevient aux dispositions relatives à la protection des travailleurs ou aux conditions de travail en vigueur, aux obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN ou au principe de l'égalité salariale s'expose à des sanctions prévues notamment par le droit des marchés publics et par le droit des contrats.

⁴ Wyss Ramona, Handkommentar Beschaffungsrecht, n. 9 sur l'art. 26. votes des conseillers aux États Beat Vonlanthen, BO 9 262018 E 963, p. 966 et Pirmin Bischof, BO 2018 E 963, p. 977; et des conseillers nationaux Martin Landolt, BO 2018 N 992, et Prisca Birrer-Heimo, BO 2018 N 992. p. 1018.

⁵ Cf. CA, Achats durables. Recommandations aux services d'achat de la Confédération, juin 2021, page 13

3.3.1 Sanctions prévues par le droit des marchés publics

Un adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il constate ou s'il a des raisons sérieuses de penser que le soumissionnaire ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs ou les conditions de travail en vigueur, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN ou le principe de l'égalité salariale. Il est lui-même tenu de respecter les principes de la proportionnalité et l'interdiction de tout excès de formalisme. Le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou des conditions de travail en vigueur doit présenter une certaine gravité.

En cas d'infraction grave, l'adjudicateur peut exclure le soumissionnaire fautif de ses futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé (art. 45, al. 1, LMP). C'est d'ailleurs ce qu'exige le principe de la proportionnalité. «Une exclusion de ses futurs marchés publics est une lourde sanction, qu'une première et légère infraction ne justifie généralement pas. En cas d'infractions répétées ou graves (...), cette sanction peut en revanche être appropriée.»

Conformément à l'art. 45, al. 3, LMP, l'adjudicateur ou l'autorité compétente en vertu de la loi annonce à la CA les exclusions entrées en force prononcées. Celle-ci tient une liste électronique non publique des soumissionnaires et des sous-traitants sanctionnés, où figurent le motif et la durée de l'exclusion (art. 25 OMP). Elle veille à ce que tout adjudicateur puisse obtenir les informations relatives à un soumissionnaire donné. Elle peut, à cette fin, mettre en place une procédure de consultation. L'inscription est effacée de la liste à l'expiration de la sanction.

3.3.2 Sanctions prévues par le droit des contrats

La mise en œuvre des conditions de participation après conclusion du contrat nécessite des accords contractuels sur les obligations correspondantes ou sur les garanties de l'adjudicataire, sur les recours appropriés tels que peines conventionnelles et droits de résiliation et, le cas échéant, sur les droits d'information et d'audit⁶. Les conditions générales de la Confédération prévoient que l'adjudicateur peut prononcer une peine conventionnelle comme sanction en cas de non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail en vigueur.

3.3.3 Autres sanctions

Outre les sanctions relevant du droit des marchés publics et du droit des contrats, les lois spéciales applicables prévoient d'autres types de sanctions que les autorités compétentes peuvent prononcer.

Le droit public du travail offre ainsi diverses possibilités de sanctions, en cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs. En pareil cas, l'inspection du travail compétente peut exiger du contrevenant qu'il respecte la prescription qu'il a enfreinte. S'il ne donne pas suite à cette demande, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 51, al. 2, LTr). Lorsque cette décision n'est pas observée, l'autorité cantonale prend les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre légal (art. 52, al. 1, LTr) et les autres mesures qui s'imposent (art. 52, al. 2, LTr). Le droit public du travail prévoit encore des peines pécuniaires ainsi que des amendes pour diverses infractions dues à l'employeur ou à l'employé. La LAA contient elle aussi des dispositions pénales en cas de non-respect des prescriptions visant à prévenir les accidents et les maladies professionnels.

De même, les CCT et les CTT applicables prévoient des possibilités de sanction en cas de violation des conditions de travail en vigueur. La loi sur les travailleurs détachés contient elle aussi des prescriptions en cas de manquement aux règles établies, et le SECO tient une liste des entreprises ayant enfreint les dispositions de la LDét.

Conformément à l'art. 13, al. 1, LTN, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur (soumissionnaire ou sous-traitant) pour cause de non-respect important ou répété de certaines dispositions sur le travail au noir (obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou sur les étrangers), l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pendant une certaine durée, les

⁶ Wyss Ramona, Handkommentar Beschaffungsrecht, n. 9 sur l'art. 26 LMP.

aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné. Le SECO tient la liste correspondante. À défaut de sanction prononcée par les autorités cantonales compétentes, les adjudicateurs publics peuvent, en vertu de l'art. 45 LMP, prononcer un avertissement ou une exclusion à l'encontre d'un soumissionnaire.

3.4 Échange d'informations

Les échanges d'informations entre l'adjudicateur, d'une part, et les différents organes de contrôle du marché du travail ainsi que les autorités instituées par des lois spéciales, d'autre part, sont essentiels pour garantir le respect des dispositions relatives à la sécurité des travailleurs et des conditions de travail. En vertu de l'art. 12, al. 5, LMP, l'adjudicateur peut, pour les besoins des contrôles, fournir à l'autorité ou à l'organe de contrôle compétents les informations nécessaires et mettre des documents à leur disposition. L'autorité ou l'organe de contrôle doivent, quant à eux, informer l'adjudicateur des résultats de leurs contrôles et des éventuelles mesures prises (art. 12, al. 6, LMP). Il existe donc une base légale qui permet à l'adjudicateur d'obtenir, au niveau fédéral, des renseignements de l'autorité ou de l'organe de contrôle compétents sur un soumissionnaire donné, par rapport à un mandat donné. S'agissant des échanges de données, il faut par ailleurs respecter la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), les prescriptions cantonales en matière de protection des données et les bases légales spéciales correspondantes. En principe, l'adjudicateur ne reçoit des renseignements relatifs à des sanctions ou à des manquements concernant un soumissionnaire que s'il les demande aux organes compétents (en tenant compte des prescriptions relatives à la protection des données).

4 Pratique des services adjudicateurs de la Confédération en matière d'exécution

4.1 Preuves et contrôle du respect des exigences sociales

Les services d'achat reprennent en règle générale, pour les appels d'offres et les contrats, les bases existantes de la CA ainsi que de la KBOB, en complétant dans un cas d'espèce le contrat par des spécifications supplémentaires. La déclaration du soumissionnaire constitue l'instrument le plus important pour vérifier le respect des exigences sociales. Des listes de contrôle et des formulaires ont été créés et différents services juridiques organisent des séances d'information et des cours. Dès lors que le formulaire de déclaration est complètement rempli et que rien ne laisse soupçonner qu'il contient de fausses informations, aucune autre mesure de contrôle de l'exactitude des données n'est généralement adoptée pendant la procédure d'adjudication, pour des raisons d'efficacité. Il est important pour les services d'achat de pouvoir se fier aux données figurant dans la déclaration reçue. En ce qui concerne l'égalité salariale entre hommes et femmes, les soumissionnaires ayant au moins 100 employés doivent en outre fournir – comme indiqué plus haut – la preuve que cet aspect a été contrôlé. Il arrive encore dans des cas d'espèce qu'en plus de consulter la liste dressée par le SECO des employeurs ayant fait l'objet d'une sanction entrée en force en vertu de la LDét, certains services d'achat demandent des renseignements supplémentaires (par exemple, attestation délivrée par une association professionnelle, preuve du versement des cotisations aux assurances sociales, évaluation de la durabilité avec certification d'EcoVadis ou instruments d'évaluation similaires).

Les adjudicateurs soumis au droit des marchés publics exigent encore ponctuellement des justificatifs émanant d'organismes privés. Le cas échéant, des moyens de preuve équivalents seront à chaque fois admis.

Parmi les instruments qui permettent de garantir la durabilité sociale figurent, outre les déclarations du soumissionnaire, les bases contractuelles. Les contrats renferment des clauses qui prévoient des peines conventionnelles et des droits de résiliation en cas de non-respect des exigences sociales. Des contrats-types sont parfois mis à la disposition des mandataires potentiels à un stade précoce de l'adjudication, ce qui permet de clarifier d'emblée les critères à remplir pour obtenir le contrat visé – soit les exigences à respecter en matière de durabilité sociale.

Les mandataires doivent en outre s'engager par contrat à veiller à ce que leurs sous-traitants respectent les critères de durabilité sociale, même s'ils ne sont pas encore connus à la signature du contrat. Les contrats prévoient aussi qu'un sous-traitant ne peut être remplacé qu'avec l'accord exprès de l'adjudicateur.

Les services d'achat ne procèdent généralement d'eux-mêmes à aucun contrôle du volet de la durabilité sociale pendant la phase de fourniture des prestations. En cas de soupçons (éveillés, dans la plupart

des cas, par un architecte ou par un chef de chantier), ils en informent les organes d'exécution concernés. Les services d'achat sont alertés dans la plupart des cas par l'autorité cantonale compétente ou par les commissions paritaires. Les responsables interrogés ont déclaré à ce propos ne pas se considérer eux-mêmes comme des instances de contrôle et ne prendre des mesures que si des tiers leur font part de soupçons. La plupart d'entre eux se fient aux mesures préventives et aux activités de contrôle des organes d'exécution compétents.

4.2 Sanctions

Les manquements ou sanctions relatifs à la durabilité sociale sont rares dans la pratique.

Dans le cas des contrôles en matière d'égalité salariale, le BFEG signale avoir régulièrement constaté sur le terrain des malentendus sur ses compétences réelles. On s'attend souvent à ce que le BFEG puisse ordonner des mesures ou des sanctions en cas de non-respect de l'égalité salariale. Mais en cas de manquement avéré, c'est à l'adjudicateur concerné de réagir et de prononcer mesures (art. 44 LMP) et sanctions (art. 45 LMP).

5 Exécution des différents systèmes de contrôle

5.1 Vérification du respect des dispositions sur la protection des travailleurs

En règle générale, les ICT relèvent des directions cantonales de l'économie. Elles veillent à l'exécution des dispositions relatives à la protection de la santé prévues par la LTr dans toutes les entreprises, et au respect des dispositions de la LAA en matière de prévention des accidents professionnels dans les entreprises qui ne sont pas assujetties à la CNA. La CNA surveille l'application des prescriptions sur la prévention des accidents professionnels dans les entreprises à hauts risques.

Dans les autres entreprises, les inspections cantonales du travail sont les organes compétents d'exécution de la LAA. Dans le domaine de la protection des travailleurs, le SECO répond au premier chef de la surveillance par la Confédération de l'exécution de la LTr et de la LAA dans le domaine de compétences des cantons.

Lorsque les prescriptions légales ne sont pas respectées ou qu'aucune suite n'est donnée aux décisions des organes d'exécution, les autorités cantonales ou la CNA somment les entreprises fautives de respecter les normes prescrites. En 2020, les organes d'exécution (ICT, CNA et SECO) ont visité 30 275 entreprises. À cette occasion, les ICT ont prononcé 204 avertissements concernant la protection de la santé au travail et 143 concernant la sécurité au travail. La CNA, de son côté, a prononcé 1433 avertissements concernant la sécurité au travail. En 2020 toujours, les ICT ont prononcé, pour inobservation de prescriptions, 37 décisions liées à la protection de la santé et 53 décisions liées à la sécurité au travail. La CNA, quant à elle, a prononcé 1542 décisions liées à la sécurité au travail.

Il est très rare que les manquements aux dispositions relatives à la protection des travailleurs aboutissent à une sanction. En règle générale, l'autorité commence par prononcer un avertissement assorti d'un délai pour corriger les manquements. Ensuite seulement, elle peut être amenée dans certains cas à prononcer des amendes.

Le SECO ne tient pas de vue d'ensemble nationale des entreprises où l'exécution cantonale a révélé des manquements aux dispositions relatives à la protection des travailleurs, mais se contente de collecter le nombre de signalements des autorités d'exécution compétentes.

Le rapport d'experts annexé donne toutefois des explications détaillées sur les vérifications du respect des dispositions sur la protection des travailleurs effectuées dans les cantons de Berne et Vaud.

5.2 Vérification des conditions de travail

L'instauration progressive de la libre circulation des personnes en 2002 a conféré une grande importance au respect des conditions de salaire et de travail en vigueur. Les mesures d'accompagnement visant à garantir le respect des conditions de travail et de salaire en vigueur en Suisse ont été instaurées deux ans plus tard. Le SECO, en tant qu'autorité de surveillance, veille à leur exécution efficiente et conforme au droit et définit en particulier des exigences qualitatives et quantitatives envers les organes d'exécution compétents afin que les contrôles présentent une densité et une qualité suffisantes dans toute la Suisse. Selon un rapport du SECO, le système des mesures d'accompagnement évolue en continu, l'accent étant mis sur la numérisation des instruments des

organes d'exécution et sur les échanges de données.

La vérification des conditions de travail et de salaire répond à une organisation duale, selon qu'un domaine est ou non soumis à une CCT étendue.

- Dans les secteurs sans CCT étendue, le contrôle du respect des conditions usuelles de travail et de salaire dans les branches, les localités et les professions incombe aux commissions tripartites cantonales. Ces dernières sont formées de représentants des syndicats.
- Dans les secteurs avec CCT étendue, le contrôle incombe aux commissions paritaires, qui se composent de représentants syndicaux et patronaux d'une branche.

Les contrôles peuvent se faire soit sur le terrain, soit par écrit sous la forme d'une vérification de la comptabilité salariale. Ils sont effectués par des inspecteurs sur mandat de l'organe d'exécution compétent. Les commissions tripartites cantonales et les commissions paritaires les confient fréquemment à des associations de contrôle.

En 2020, les organes d'exécution ont effectué 34 126 contrôles⁷. Dans les branches dépourvues de CCT étendue, les commissions tripartites cantonales ont effectué auprès d'employeurs suisses 6635 contrôles en sous-enchère aux salaires usuels dans la région ou dans la branche et contrôlé, dans ce cadre, 26 278 personnes. Elles ont constaté une sous-enchère dans 722 entreprises⁸. En 2020 toujours, les commissions tripartites cantonales ont par ailleurs mené 3060 contrôles du respect des conditions salariales définies dans un CTT, lesquels ont révélé 434 infractions⁹. Les commissions paritaires ont, à cet égard, contrôlé 8381 entreprises et 65 041 personnes¹⁰. Le SECO tient, on l'a vu, une liste publique des entreprises ayant enfreint la LDét¹¹. Il s'agit donc exclusivement d'entreprises ayant leur siège à l'étranger.

5.3 Contrôle des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN

Le SECO a pour mission de surveiller l'exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN). Cette loi oblige les cantons à désigner un organe de contrôle chargé de la lutte contre le travail au noir. Les cantons assument encore une grande part de l'organisation de ces organes.

La plupart des cantons ont rattaché l'organe de contrôle à l'autorité cantonale régissant le marché du travail. L'organe cantonal de contrôle vérifie si les employeurs, les travailleurs et les indépendants respectent leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des étrangers, ainsi que leurs obligations en matière d'annonce et de décompte conformément au droit des assurances sociales et de l'impôt à la source. Chaque canton fixe des priorités de contrôle régionales en fonction de la situation et de la structure sectorielle locale. Ces dernières années, les contrôles se sont généralement concentrés sur le secteur principal de la construction, le second œuvre, l'hôtellerie-restauration et le commerce. La tâche des organes de contrôle consiste à collecter les informations déterminantes et à établir les faits. Outre l'activité de contrôle, une part considérable de la lutte contre le travail au noir consiste en tâches de coordination (c.-à-d. le transfert d'un cas suspect à l'autorité spéciale compétente sans établissement des faits préalable par l'organe cantonal de contrôle). Les organes cantonaux de contrôle transmettent les résultats des contrôles aux autorités compétentes (par ex. services des migrations, caisses de compensation et autorités compétentes en matière d'impôt à la source). Eux-mêmes ne disposent d'aucune compétence en matière de sanction. Ce sont donc les

⁷ En 2019, ils en avaient effectué 41 305. Ce recul tient aux mesures prises pour lutter contre le COVID-19. La plupart des organes d'exécution ont fortement réduit, voire cessé leurs activités de contrôle sur le terrain pendant la première vague de la pandémie.

⁸ Cf. SECO (2020): Rapport FlaM 2020 Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, p. 38.

⁹ Ibid. p. 40.

¹⁰ Ibid, p. 40. Dans ce domaine aussi, le SECO constate une nette diminution du volume de contrôles en raison des mesures prises en vue d'endiguer l'épidémie de COVID-19.

¹¹ Cf. www.seco.admin.ch > Travail > Libre circulation des personnes et Relations du travail > Détachement et Mesures d'accompagnement > Détachement > Liste RESA LDét interdictions de prestation en Suisse, consultée le 11 mars 2022.

autorités spécialisées compétentes dans les différents domaines qui, à la suite des contrôles, effectuent des vérifications complémentaires et prononcent les sanctions et des mesures administratives en cas d'infraction.

En cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou sur les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut pour cinq ans au plus l'employeur concerné des futurs marchés publics ou diminue les aides financières qui lui sont accordées. Le SECO publie sur Internet la liste des employeurs concernés. En 2020, 69 sanctions ont été prononcées en vertu de l'art. 13 LTN.¹²

5.4 Particularités du secteur de la construction

Les contrôles de chantier s'effectuent généralement sur le terrain. Il peut cependant y avoir des contrôles administratifs supplémentaires en amont ou en aval, effectués par d'autres acteurs selon les compétences en matière d'exécution.

5.4.1 Excursus: SIAC

Les partenaires sociaux du secteur principal de la construction et du second œuvre membres du groupement d'intérêts des commissions paritaires professionnelles (IG PBK) ont créé en 2017 une attestation CCT standard permettant d'établir d'une manière uniforme et transparente qu'une entreprise respecte bien la CCT à laquelle elle est soumise. L'association SIAC, créée en 2018 par des associations d'employeurs et des associations de travailleurs du secteur de la construction, a développé une plateforme sur laquelle les adjudicateurs privés ou publics et les organes d'exécution des CCT peuvent consulter et déposer des informations concernant des entreprises. Le SIAC y a intégré l'attestation CCT standardisée de l'IG PBK. Une fois la mise en œuvre technique au point, la plateforme d'information a été mise en fonction en 2019. L'association SIAC bénéficie actuellement du soutien de 16 organisations d'employeurs ou de travailleurs du secteur principal de la construction et du second œuvre. La plateforme permet de consulter et de télécharger des attestations CCT. Elle fournit donc, dans un système central, des informations standardisées sur l'exécution des CCT dans le secteur. Les organismes adjudicateurs, les entrepreneurs généraux ou totaux tout comme les maîtres d'ouvrage privés ont ainsi accès à toutes les informations importantes qui relèvent de la procédure d'adjudication et qui ont trait à l'assujettissement et à la conformité aux CCT des mandataires potentiels.

L'attestation CCT indique à quelle CCT une entreprise est assujettie, si l'entreprise a été contrôlée par les organes d'exécution paritaires et quel a été le résultat du contrôle. Le contrôle consiste en un examen périodique (tous les cinq ans) de la comptabilité salariale. Toutefois, selon le directeur du SIAC, toutes les commissions paritaires ne sont pas en mesure de tenir ce rythme. Les résultats ne sont donc pas à jour pour toutes les entreprises.

Sur l'attestation, les résultats sont classés en fonction des catégories suivantes: pas d'infractions, infractions légères, infractions moyennement graves et infractions graves. L'existence d'éventuels arriérés est aussi indiquée. Des points de contrôle supplémentaires peuvent fournir des renseignements spécifiques à la branche concernant le respect de la CCT: par exemple, le paiement de cotisations de retraite anticipées, le paiement de contributions aux frais d'exécution et à la formation continue, la déclaration annuelle des salaires et du nombre d'employés, ou encore le respect des directives relatives à la sécurité au travail et à la protection de la santé. Le résultat de l'attestation comprend trois options: «Aucune information sur des manquements actuels au respect de la CCT»; «La conformité à la CCT a été démontrée», et «Des manquements actuels au respect de la CCT ont été constatés»¹³. Selon le manquement constaté, l'entreprise peut être exclue d'une procédure d'adjudication publique. Mais attention: tous les manquements figurant sur l'attestation CCT ne se rapportent pas à des critères

¹² Cf. SECO (2021): Rapport LTN 2020 – Exécution de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, Page 48

¹³ Cf. modèle d'attestation CCT: <https://isab-siac.ch/wp-content/uploads/Specimen-ISAB-GAV-Bescheinigung.pdf>, consulté le 2 mars 2022.

d'adjudication pertinents.

5.5 Vérification du respect de l'égalité salariale

Le BFEG procède à des contrôles aléatoires pour le compte des adjudicateurs soumis à la LMP. Selon nos interlocuteurs au BFEG, la plupart des entreprises contrôlées respectent les prescriptions en vigueur à cet égard, et environ 10 % présentent des manquements, c'est-à-dire que la différence des salaires entre femmes et hommes excède le seuil de tolérance défini pour les marchés publics de la Confédération.

Outre le BFEG, des services administratifs des cantons, des villes et des communes vérifient eux aussi le respect de l'égalité salariale dans les marchés publics. Afin d'éviter les doublons, un échange d'informations sur les contrôles prévus ou passés peut avoir lieu avec le consentement du soumissionnaire concerné.

6 Conclusion et mesures recommandées

Conformément au mandat reçu, le Conseil fédéral a passé en revue et analysé dans un rapport les divers systèmes d'exécution et de contrôle en place, ainsi que les instruments visant à garantir le respect des conditions de participation sociale. Il ressort de cet examen que la procédure décrite, qui repose essentiellement sur les propres indications fournies par les soumissionnaires dans leur déclaration et qui comporte des mesures supplémentaires, principalement en cas de doute sur l'exactitude des informations fournies¹⁴, est pertinente et appropriée. Les instruments à disposition parviennent à garantir efficacement la prise en compte d'un volet de durabilité sociale dans les conditions de participation. Les possibilités de sanction prévues par le droit des marchés publics et par les contrats ont également un effet préventif majeur.

C'est à juste titre que les services d'achat de la Confédération ne se considèrent pas comme des instances de contrôle veillant au respect des dispositions en vigueur en matière de durabilité sociale. Cette tâche incombe aux organes des partenaires sociaux ou des pouvoirs publics ayant des compétences dans les domaines de la protection des travailleurs, des conditions de travail et du travail au noir. En cas de soupçon existant, les services adjudicateurs doivent toutefois agir en se procurant les renseignements utiles auprès des organes susmentionnés ou en leur faisant part de leurs soupçons. Afin que les effets préventifs des sanctions prévues par la loi puissent se déployer, il faut expressément signaler aux entreprises, dans le cadre des procédures d'adjudication et des contrats, tout l'éventail disponible (sanctions prévues par le droit des marchés publics, sanctions prévues par le droit des contrats et autres sanctions) et les conséquences à prévoir.

Le système en place et bien rodé de contrôles et sanctions portant sur les différents aspects de la durabilité sociale dans les marchés publics pourrait toutefois encore être amélioré. Le rapport d'experts recommande à ce sujet plusieurs mesures:

- vérifier systématiquement les informations accessibles pour tous les marchés publics (par exemple, si un soumissionnaire ou les sous-traitants indiqués figurent sur la liste du SECO [liste des entreprises ayant enfreint les dispositions de la LDét ou celles sur le travail au noir] ou sur la liste noire de la CA);
- encourager les échanges entre les services d'achat de la Confédération à propos des instruments et aides proposés par la CA et la KBOB, afin de favoriser l'utilisation et le développement communs de ces documents;
- réaliser des contrôles aléatoires sur le terrain dans le cadre de l'exécution de la prestation, avec le concours des organes d'exécution compétents au niveau cantonal ou de tiers mandatés par l'adjudicateur. Cela contribuerait d'ailleurs à sensibiliser le marché au respect des exigences sociales.

¹⁴ Ces données fournies par les soumissionnaires font généralement l'objet de simples vérifications formelles quant à leur exhaustivité. Ce n'est qu'en cas de doute sur leur exactitude qu'ils exigent, surtout de la part des adjudicataires potentiels, des documents supplémentaires tels que des preuves de versement de salaires ou de cotisation aux assurances sociales.

Le Conseil fédéral prévoit pour la mise en œuvre de ces recommandations les mesures suivantes:

a. Recommandations, aide-mémoire, contrats-types ou listes de contrôle

Sur la base du rapport et comme le préconise le postulat, la KBOB ou la CA mettront au point des aide-mémoire, des contrats-types ou des listes de contrôle pour les services d'achat de la Confédération ou compléteront les documents existants, comme les modèles de contrats, pour montrer de façon aussi simple et compréhensible que possible:

- à quels aspects il faut particulièrement veiller pendant la procédure d'adjudication et pendant l'exécution du contrat,
- quels sont les instruments à disposition des services d'achat,
- à quelles organisations il est possible de faire appel en cas de questions,
- comment procéder pour les sanctions.

b. Sensibilisation

Le DFF est chargé (via la KBOB ou la CA, selon l'objet du marché) de mener à la « Table ronde » des entretiens de sensibilisation avec les organes compétents et/ou les représentants concernés du secteur de la construction. Le DEFR (SECO) et le DFI (BFEG) soutiendront le DFF lorsque c'est nécessaire et utile. Durant ces entretiens, il s'agira de faire comprendre aux partenaires sociaux et aux représentants de la branche que l'aspect de la durabilité (sociale) revêt une grande importance depuis la révision du droit des marchés publics, y compris pour les sous-traitants, et qu'ainsi les services d'achat de la Confédération ont plus que jamais un rôle de modèle à jouer. Il faudrait encore définir les mesures découlant de cette situation.

c. Formation et échanges d'expériences

- Les cours sur la durabilité des marchés publics qu'organisent la KBOB et le Centre de compétence des marchés publics de la Confédération (CCMP) abordent cette question.
- La plateforme de connaissances sur les marchés publics responsables (PAP) est complétée par les informations pertinentes.
- Le rapport d'experts relatif au postulat 19.4213 Bourgeois est publié et expressément mis à la disposition de la PAP.

d. Flux des informations

Le DFF est chargé (via la KBOB ou la CA, selon l'objet à acquérir) d'examiner les flux d'information entre les organes compétents et – dans la mesure où c'est indiqué – de veiller à les améliorer, comme gage d'un respect optimal des exigences sociales entre les services concernés. Le DEFR (SECO) soutiendra le DFF, au cas où ce serait pertinent et nécessaire.

Ces mesures seront mises en œuvre dans le cadre de la stratégie en matière d'acquisitions 2021 – 2030. Elles visent à soutenir les services d'achat et les services demandeurs en vue de la réalisation de l'objectif défini dans la stratégie en matière d'acquisitions, soit la prise en compte des aspects de durabilité tout au long du processus d'acquisition.

La CA et la KBOB remettront au Conseil fédéral, à la fin de l'année 2025, un rapport intermédiaire sur l'état d'avancement des travaux liés à la stratégie en matière d'acquisitions et feront le point à cette occasion sur les présentes mesures.