



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Expertise du 16 mars 2009

à l'intention du

Département des infrastructures du canton de Vaud

concernant

Compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la loi sur le marché intérieur

A Etat de fait

1. Par courrier du 1er décembre 2008, le Département des infrastructures du canton de Vaud a demandé à la Commission de la concurrence (ci-après COMCO) de se prononcer sur la compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail (ci-après CCT) cantonales avec la loi sur le marché intérieur (ci-après LMI). Il souhaite en particulier savoir quelles conditions de travail un offreur externe doit observer lors de l'exécution d'un mandat public dans le canton de Vaud si, en raison d'une CCT cantonale dont le champ d'application a été étendu ou non, y prévalent des conditions plus sévères qu'au lieu de provenance de l'offreur.

2. La demande du Département des infrastructures du Canton de Vaud trouve son origine d'une part dans une initiative législative déposée auprès Grand conseil du vaudois réclamant que les candidats à l'exécution d'un mandat public établis en dehors du canton, soient contraints d'appliquer les CCT cantonales, que leur champ d'application ait été étendu ou non.

3. D'autre part, le Département des infrastructures renvoie à un écrit de la Direction du Travail du SECO, daté 23 décembre 2004, qui estime que l'obligation pour les offreurs établis hors du canton de respecter une CCT étendue à tout le territoire vaudois est compatible avec la loi sur le marché intérieur.

B Prise de position

B.1 Aspects formels

4. En vertu de l'article 10 al. 1 LMI, la Commission de la concurrence peut établir des expertises sur l'application de la LMI à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales, lorsque l'autorité compétente le lui demande (DPC 1997/2, p. 214, ch. 16). Ces conditions sont en l'occurrence remplies.

B.2 Aspects matériels

B.2.1 Droit au libre accès au marché selon la LMI

5. La LMI a pour but de garantir à toute personne physique ou morale ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Concrètement, l'article 2 al. 1 LMI confère à ces personnes le droit d'offrir des marchandises, des prestations de service et des prestations de travail sur l'ensemble du territoire suisse. Sont à cet égard déterminantes les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement (« principe du lieu de provenance », art. 2 al. 3 LMI). Le droit au libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance est fondé sur la présomption (réfragable) selon laquelle les réglementations cantonales ou communales relatives à l'accès au marché sont équivalentes (art. 2 al. 5 LMI).

6. Le droit au libre accès au marché n'est toutefois pas absolu. Ainsi, l'autorité du lieu de destination peut, sur la base de l'article 3 al. 1 LMI, restreindre l'accès au marché des offreurs externes au moyen de charges ou de conditions, pour autant que (a) les restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ; (b) elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et (c) elles répondent au principe de la proportionnalité, ces trois conditions devant être remplies cumulativement. Les restrictions visées par

l'article 3 al. 1 ne doivent en outre en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI).

7. Enfin, la LMI contient une *lex specialis* à la règle générale de l'article 2 LMI concernant l'accès aux marchés publics des cantons et des communes. Ainsi, l'article 5 al. 1 LMI prévoit que les prescriptions intercantionales ou cantonales et les décisions fondées sur elles ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3 LMI. A l'inverse de l'article 2 al. 1 LMI, la règle d'accès au marché de l'article 5 al. 1 se rattache aux prescriptions du lieu de destination, respectivement d'exécution. Les restrictions à l'accès au marché imposées à des offreurs externes dans le domaine des marchés publics doivent toutefois également remplir les conditions de l'article 3 al. 1 LMI (Message concernant l'aLMI, FF 1995 1247).

B.2.2 Lieu déterminant pour les conditions de travail applicables selon la LMI

8. Le point de départ de la présente expertise est la question de savoir quel est le lieu déterminant pour les conditions de travail applicables lorsque des offreurs externes fournissent leur prestation de travail au lieu d'exécution.

9. En vertu de l'article 2 al. 1 et 3 LMI, les conditions de travail valables au lieu du siège des offreurs externes sont en principe déterminantes pour les prestations de travail exécutées dans un autre canton (principe du lieu de provenance). D'éventuelles exceptions au principe en faveur des conditions valables au lieu d'exécution ne sont justifiées que si les conditions de l'article 3 al. 1 LMI sont remplies (cf. ch. 6 ci-dessus). Concrètement, une telle exception pourrait être envisagée en cas de risque de dumping social (cf. ch. 12 s. ci-dessus).

10. Au vu de l'article 5 al. 1 LMI (cf. ch. 7 ci-dessus), on peut se demander si une autre réglementation serait applicable pour des prestations de travail fournies dans le cadre d'un marché public que pour les prestations de travail accomplies dans le cadre d'un mandat privé. Ce n'est pas le cas, étant donné que l'article 5 al. 1 LMI renvoie à l'article 3 LMI en cas d'éventuelles restrictions au détriment d'offeurs externes. En d'autres termes, il n'est possible d'imposer les conditions de travail du lieu d'exécution à des offreurs externes qu'aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI.

11. Cela correspond en outre à la volonté explicite du législateur, selon laquelle aucune réglementation divergente ne doit prévaloir pour des prestations de travail fournies dans le cadre de marchés publics. Lors des délibérations parlementaires relatives à la LMI, qui ont fait l'objet de débats animés, le législateur s'est en effet explicitement exprimé contre l'ancrage du principe du lieu d'exécution pour le domaine des marchés publics. Concrètement, au cours du processus d'élimination des divergences, le Conseil national a abandonné une proposition du Conseiller national C. Eymann et du Conseiller aux Etats H. Bisig tendant à ce que l'article 5 al. 1 LMI soit complété ainsi : « En particulier l'obligation de se tenir aux dispositions de protection du travail et aux autres conditions de travail du lieu de l'exécution de la prestation ne constitue pas une discrimination. » (BO CN 1995 1156-1158; BO CE 1995 931-934).

12. Comme mentionné ci-dessus, il n'est possible d'imposer les conditions de travail du lieu d'exécution aux offreurs externes qu'aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI. La préservation d'une protection sociale suffisante des travailleurs constitue, en l'occurrence, le seul intérêt public qui puisse justifier l'application des conditions de travail du lieu d'exécution. L'article 3 al. 1 LMI s'applique ainsi en cas de risque de dumping social de la part d'offeurs externes. En pareil cas, l'application des conditions de travail du lieu d'exécution est nécessaire et proportionnée, afin de préserver une protection sociale suffisante (Message relatif à l'aLMI, FF 1995 1228 s.; Recommandation de la COMCO du 5 juillet 2004 en l'affaire mar-

chés publics Genève, DPC 2004/4, p. 1180 ch. 16; E. Clerc, Commentaire art. 5 LMI, dans: Tercier/Bovet (éd.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2002, ch. 129).

13. La réglementation adoptée se base sur le principe de l'équivalence des réglementations cantonales consacré par la loi sur le marché intérieur ainsi que sur un système de protection sociale suffisamment unifié. En effet, le niveau des différentes conditions de travail (garanties notamment par des CCT) qui prévalent en Suisse est, dans l'ensemble, à peu près comparable. De plus, des éléments importants de la politique sociale et du droit du travail sont réglés de manière uniforme par la législation fédérale. Dans la mesure toutefois où d'importantes différences subsisteraient, le danger qui en résulterait d'assister à un dumping social non souhaité pourrait être combattu efficacement avec la réserve de l'article 3 al. 1 LMI.

14. De plus, la réglementation aboutit à une intensification (souhaitable) de la concurrence sur le marché intérieur et empêche un cloisonnement des marchés préjudiciable à l'économie, ce qui correspond au but de la LMI. Des offreurs provenant de régions moins développées, où le niveau des salaires est souvent inférieur, disposent de la possibilité de se développer dans des régions « plus chères ». Le principe du lieu de provenance encourage ainsi également le développement de régions économiquement plus faibles (E. Clerc, a.a.O., ch. 126 et références citées).

B.2.3 Conventions collectives de travail cantonales et LMI

15. La réglementation mentionnée ci-dessus est de nature générale et se réfère à toutes les catégories de conditions de travail. Il est donc indifférent de savoir si les conditions de travail du lieu de provenance et du lieu d'exécution sont déterminées par une CCT ou s'il s'agit de prescriptions usuelles dans un lieu ou une branche donnés. Pour permettre d'imposer les conditions de travail du lieu d'exécution, il faut que, quelle que soit la constellation, les conditions de l'article 3 al. 1 LMI soient remplies et, partant, qu'il existe un réel risque de dumping social.

16. Dans l'ATF 124 I 107 cons. 2f, le Tribunal fédéral affirme qu'une réglementation cantonale subordonnant l'attribution d'un mandat public à la conclusion d'une CCT constitue une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché pour les entreprises extérieures au canton, qui ne connaissent pas les mêmes conditions. Bien qu'une telle réglementation poursuive un but de politique sociale, au sens de l'article 3 al. 2 lit. d LMI (ancienne version), elle viole le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 lit. c et al. 3 LMI) et représente de surcroît une barrière déguisée au commerce au profit d'intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI). L'argumentation du Tribunal fédéral doit aussi s'étendre à une réglementation qui exigerait l'application des conditions de travail telles qu'elles découlent d'une CCT du lieu d'exécution, sans pour autant réclamer l'adhésion formelle de l'offreur externe à la convention.

17. De l'avis de la COMCO, la réglementation de la loi sur le marché intérieur vaut également pour des CCT dont le champ d'application a été étendu. En vertu de l'article 7 al. 2 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT; RS 221.215.311), un canton peut étendre le champ d'application d'une CCT à tout ou partie de son territoire, la décision d'extension nécessitant l'approbation de la Confédération (art. 13 LECCT).

18. Dans la mesure où la décision d'étendre le champ d'application n'oblige que les offreurs dont le siège est situé dans le canton à observer les conditions de travail prévues par la CCT, aucun problème ne se pose du point de vue de la LMI.

19. En revanche, la pratique courante selon laquelle l'extension du champ d'application s'applique également aux offreurs extérieurs au canton est problématique (p. ex. article 3 de l'arrêté étendant le champ d'application de la convention collective de travail des paysagistes et entrepreneurs de jardins du Canton de Vaud du 19 septembre 2007). A cet égard, on peut se demander si une telle pratique est vraiment couverte par la LECCT. Cette question ne peut cependant être tranchée ici, la COMCO n'ayant pas la compétence pour le faire.

20. En admettant que l'extension à des offreurs externes est conforme à la LECCT, alors il en résulte un conflit avec le principe du lieu de provenance, consacré par la LMI. Selon l'article 2 al. 2 LMI la Confédération et les cantons doivent veiller, de manière identique, à ce que leurs prescriptions et décisions garantissent le droit au libre accès au marché. En tant que *lex posterior*, cette disposition prime de surcroît la LECCT. Ainsi, selon la COMCO, la pratique consistant à soumettre les offreurs externes aux CCT étendues et la dérogation au principe du lieu de provenance qui en résulte, est contraire à la LMI.

21. L'ATF 128 II 13, auquel se réfère le SECO dans son courrier du 23 décembre 2004 au canton de Vaud, ne s'oppose pas non plus à cette interprétation. L'arrêt avait pour objet le recours d'un entrepreneur de constructions métalliques situé dans le canton de Vaud. Il se défendait contre le fait d'être soumis à une CCT, dont le champ d'application avait été étendu au canton de Vaud, avec pour argument qu'il s'était déjà assujéti volontairement à une CCT nationale, qui n'était néanmoins pas applicable dans le canton de Vaud. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, sous prétexte, entre autres, qu'une double soumission, à une CCT cantonale pour les travaux effectués dans le canton d'une part et à une CCT nationale pour les travaux effectués en-dehors du canton, d'autre part, ne contrevenait ni à la LMI, ni à la LECCT (ATF 128 II 13 consid. 5 et chapeau). Cette argumentation est fondamentalement correcte, la LECCT et la LMI règlent en effet des états de faits différents. Un conflit entre la LMI et la LECCT ne se produirait – comme indiqué ci-dessus – que si l'élargissement du champ d'application de la CCT cantonale comprenait les entreprises ayant leur siège ou établissement en dehors du canton de Vaud. Cependant, il n'y avait justement pas de conflit de ce type dans le cas soumis au Tribunal fédéral, étant donné que le recourant avait son siège dans le canton de Vaud et non en-dehors.

22. Enfin, le principe du lieu de provenance au sens de la LMI est soutenu par l'ATF 130 I 258. Le Tribunal fédéral a jugé conforme à la LMI la réglementation de la loi sur les marchés publics du canton de Bâle-Ville qui permet à un offeror externe n'étant pas partie à une CCT d'invoquer les conditions de travail usuelles prévalant dans une branche donnée, au lieu de provenance (ATF 130 I 258 cons. 2.2). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a précisé que l'adjudicateur devait accorder un délai raisonnable à un offeror externe soumis à une CCT valable ailleurs qu'au lieu d'exécution, pour qu'il puisse prouver l'équivalence de cette CCT. Simultanément, l'adjudicateur doit communiquer à l'offeror externe les critères qu'il a l'intention d'appliquer pour se prononcer sur l'équivalence (ATF 130 I 258 cons. 5). On conclut de ces exigences que les conditions de travail du lieu d'exécution ne peuvent être imposées à l'offeror externe que si les conditions du lieu de provenance n'apparaissent pas comme équivalentes et qu'il en résulte un risque de dumping social.

B.2.4 Loi sur les travailleurs détachés et LMI

23. L'article 2 al. 1 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 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) oblige les offreurs étrangers à garantir à leurs travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire qui sont prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, CCT déclarées force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO, en particulier les salaires minimaux ainsi que la durée temps du travail et du repos.

24. Cette réglementation a pour effet d'ancrer le principe du lieu d'exécution et se trouve ainsi en contradiction avec le principe du lieu de provenance, consacré par la LMI. La portée pratique de cette contradiction est toutefois faible, dans la mesure où les autorités du lieu d'exécution ont la possibilité d'évaluer l'équivalence des conditions du lieu de provenance (ATF 130 I 258, ch. 22 ci-dessus). Au cas où celle-ci fait défaut, autrement dit en cas de réel risque de dumping social, les autorités du lieu d'exécution peuvent s'écarter du principe du lieu de provenance.

25. D'un point de vue juridique, la question se pose toutefois de savoir si l'inégalité de traitement entre offreurs étrangers, qui résulte des deux réglementations différentes, est compatible avec les engagements internationaux de la Suisse. Au regard des bases légales déterminantes, il y a lieu de différencier le détachement de travailleurs provenant des pays membres de l'UE et des pays non membres de l'UE, qui sont membres de l'OMC.

26. Pour le détachement de travailleurs issus de pays membres de l'UE, l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) s'applique. L'article 16 § 2 de l'ALCP prévoit la reprise de la jurisprudence de la CJCE relative à des notions de droit communautaire reprises dans l'Accord, du moins jusqu'à la date de signature de l'ALCP. Selon la jurisprudence constante de la CJCE, le détachement de travailleurs par une entreprise et les conditions de travail appliquées aux travailleurs détachés relèvent de la libre prestation de services, et non de la libre circulation des travailleurs (aff. Rush Portuguesa, C-113/89, Rec. 1990 p. I-1417, pt 11 ss ; aff. C-43/93, Vander Elst, Rec. 1994 p. I-3803; CJCE aff. C-272/94, Michel Guiot, Rec. 1996 p. I-1905). On ne saurait dès lors se référer à l'article 9 de l'Annexe I à l'ALCP relatif à l'égalité de traitement des travailleurs, qui se rapporte à la libre circulation des travailleurs salariés (chapitre II de l'Annexe I, art. 6 ss). Il faut au contraire se rapporter au chapitre IV de l'Annexe I à l'ALCP (art. 17 ss) relatif à la libre prestation de services.

27. Selon l'article 19 de l'Annexe I à l'ALCP, un prestataire de service de l'UE a le droit d'exercer son activité en Suisse aux mêmes conditions qu'un ressortissant suisse. L'article 19 de l'Annexe I à l'ALCP constitue la concrétisation, pour la libre prestation de services, du principe général de non-discrimination figurant à l'article 2 de l'ALCP. Toutefois, les dispositions légales régissant les conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services en sont exclues, ainsi que le prévoit l'article 22 al. 2 de l'Annexe I à l'ALCP.

28. Dans la mesure où l'article 22 de l'Annexe I à l'ALC introduit une exception non seulement au principe de l'interdiction des restrictions (non discriminatoires) de l'article 17 mais aussi aux discriminations de l'article 19 de l'annexe I, il en résulte qu'il est admissible de traiter différemment les offreurs issus de l'UE et les offreurs suisses, en ce qui concerne les conditions de travail à respecter (également dans ce sens : E. Clerc, op.cit., ch. 137).

29. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) s'applique pour le détachement de travailleurs issus d'Etats non membres de l'UE qui appartiennent à l'OMC. L'AGCS stipule également le principe du traitement national (art. XVII AGCS). Ce principe ne vaut cependant que si l'Etat Partie a pris un engagement en ce qui concerne le service en cause et le mode de prestation 4 relatif à ce service, et pour autant qu'il n'ait pas formulé de restriction à ce sujet. En ce qui concerne le détachement de travailleurs, qui relève du mode 4 de prestation de services, la Suisse n'a pris que très peu d'engagements. Or le principe du traitement national de l'article XVII ne vaut que si et dans la mesure où l'Etat Partie a pris un engagement (art. XVII §1 : « Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera... »).

30. En l'absence d'un engagement pris par la Suisse, le principe du traitement national ne peut pas être invoqué. Pour les très rares cas d'engagements pris par la Suisse, celle-ci a

formulé une réserve horizontale (c.-à-d. une réserve applicable à tous les services pour lesquels un engagement a été pris) en ce qui concerne le traitement national pour le mode 4, en faveur des conditions de travail applicables à la branche ou dans la région géographique et prévues par la loi ou les CCT (E. Clerc, op.cit., ch. 133).

31. L'inégalité de traitement entre les offreurs issus d'un Etat hors UE qui appartiennent à l'OMC et les offreurs suisses, concernant les conditions de travail à respecter, est ainsi compatible avec le droit international public.

C Conclusion

32. En résumé, il faut retenir que, lors de l'accomplissement de prestations de travail, les offreurs externes peuvent se prévaloir des conditions de travail de leur lieu de provenance. Une exception en faveur des conditions de travail du lieu d'exécution n'est possible qu'aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI, c'est-à-dire en cas de risque de dumping social. Cette réglementation est valable quel que soit le cadre dans lequel la prestation de travail est fournie et quel que soit le type de conditions de travail qui prévalent aux lieux de provenance et d'exécution.

33. L'obligation faites aux offreurs externes de respecter les CCT, étendues ou non, régissant les conditions de travail au lieu de destination est contraire à la LMI. La LECCT ne constitue pas non plus une base suffisante pour imposer aux offreurs externes l'application de CCT étendues.

34. La prise de position ci-dessus correspond à la pratique de la COMCO et se voit appuyée par la jurisprudence.

35. Elle ne génère de plus aucune inégalité de traitement des offreurs étrangers contraire au droit international public.

Commission de la concurrence



Prof. Walter A. Stoffel
Président



Dr. Rafael Corazza
Directeur