



RÉGION
AQUITAINE

Rapport de la Mission Guillemoteau La concurrence déloyale dans le secteur du BTP

CONTEXTE

Plusieurs entreprises aquitaines du BTP, relayées par leurs organisations professionnelles, ont interpellé le Président de la Région Aquitaine au début de l'année 2013, sur la multiplication d'actes de concurrence jugée déloyale de la part d'entreprises étrangères. Dénonçant le dumping social pratiqué par certaines de ces entreprises, en totale contravention avec la législation du travail, les professionnels français se sont mobilisés afin d'obtenir de la part des pouvoirs publics, une réaction adaptée et rapide, dans un contexte conjoncturel dégradé.

En effet, au plan national, l'activité dans le secteur du bâtiment (hors travaux publics) a reculé en 2012 de 1,2% en euros constants et perdu 14 500 emplois (intérim inclus) soit une baisse de 1,1% des effectifs ; Les perspectives pour 2013 sont moroses, la Fédération Française du Bâtiment (FFB) prévoyant un recul de l'activité de 3,3% et la perte de 40 000 emplois (dont 15 000 en intérim)

Au niveau local, la Région est un des plus importants donneurs d'ordre en matière de marchés publics de travaux, en Aquitaine (175 millions d'euros investis en 2012).

Guidée par le souci de faciliter l'accès à la commande publique de l'ensemble des acteurs économiques, elle s'attache à privilégier le mieux disant (choix de l'offre « économiquement la plus avantageuse », la valeur technique étant systématiquement associée au critère prix), à recourir à l'allotissement et à simplifier autant que possible les processus administratifs.

Dans ce contexte, les entreprises locales constituant un vecteur essentiel d'emplois et de croissance régionale, le Président Rousset, conscient des enjeux et attentif aux questions soulevées par les professionnels du Bâtiment, a décidé de confier à Patrick Guillemoteau une mission d'expertise visant

- d'une part à évaluer la réalité d'un phénomène de concurrence déloyale en Aquitaine,
- d'autre part à faire des propositions visant à faciliter, notamment pour les pouvoirs adjudicateurs, la prévention ou la sanction de ces pratiques, dans le strict respect des principes généraux de la commande publique, du droit des marchés publics et de la réglementation européenne.

Cette commande a été formalisée par une lettre de mission le 18 février 2013.

METHODE DE TRAVAIL

Installation d'un groupe de travail interne

Un groupe de travail composé de représentants de l'inspection générale des services (coordinatrice de la mission), et des directions de la commande publique et de la maîtrise d'ouvrage, a été créé en mars 2013. Animé par Patrick Guillemoteau, il a assuré une fonction support au plan technique et administratif, notamment pour la préparation, l'organisation et la formalisation des rencontres avec les professionnels.

Dans ce cadre, une compilation de la documentation et des études récentes, en lien avec le sujet de la mission, a été réalisée.

Les documents suivants ont notamment constitué une source d'informations intéressantes :

- Rapport d'information sur le BTP face à la concurrence des nouveaux états membres de l'union européenne, établi en 2007 au nom de la commission des affaires économiques du Sénat par Francis Grignon.
- Le pacte pour la compétitivité de l'industrie française (Rapport Gallois) du 5/11/2012
- Rapport d'information sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs établi en avril 2013 au nom de la commission des affaires européennes du Sénat par Eric Bocquet
- Rapport d'information déposé en mai 2013 par la commission des affaires européennes de l'Assemblée Nationale, sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs
- Etude juridique réalisée en septembre 2012 pour le compte de la FFB concernant les obligations, en matière sociale et fiscale, des entreprises effectuant des travaux en France
- Convention BTP64

Des analyses thématiques ont également été produites, en particulier sur le droit des marchés publics.

Auditions des professionnels.

Une série d'auditions a été programmée entre février et juin 2013, l'objectif étant :

- d'une part, d'appréhender les réalités de terrain à travers les témoignages et le ressenti des professionnels aquitains du BTP mais aussi de la commande publique régionale
- d'autre part, d'apprécier les marges de manœuvre existantes, en particulier d'un point de vue réglementaire, en bénéficiant de l'éclairage d'experts sur la politique actuelle de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et le travail dissimulé en Aquitaine

Ont ainsi été entendus :

- pour les professionnels du BTP, des représentants du syndicat national du second œuvre (SNSO), des entreprises générales de France (EGF), de la FFB aquitaine, de l'ordre des architectes.

- Pour les praticiens de la commande publique, les représentants des 5 mandataires de la région aquitaine, les ingénieurs de la direction de la maîtrise d'ouvrage régionale, des élus de la commission d'appel d'offres (CAO)
- Pour les experts techniques, des professionnels exerçant au sein de services déconcentrés de l'Etat : DIRECCTE¹ Aquitaine, DDPP² Gironde.

La liste exhaustive des auditions réalisées et des personnes consultées est jointe en annexe.

ETAT DES LIEUX

1- En Aquitaine, le recours à la main d'œuvre étrangère tend à se développer depuis 2012

Si le phénomène concerne surtout le secteur privé, séduit par les prix bas proposés par certaines entreprises, il touche également les maîtres d'ouvrages publics, pour les travaux de voirie ou de bâtiment.

Il est principalement caractérisé par 2 types de pratiques

- le recours par les titulaires des marchés à des entreprises sous traitantes étrangères (en Aquitaine essentiellement espagnoles et portugaises). Cette pratique tendrait à se banaliser au sein des majors du BTP ainsi que dans les entreprises moyennes et les ETI
- le recours à la prestation horaire de travailleurs étrangers (Roumains et polonais notamment) par l'intermédiaire d'une agence de travail temporaire ou parfois à travers la pratique illicite du « marchandage de main d'œuvre »

Il impacte l'ensemble du territoire aquitain mais est particulièrement sensible dans le département des Pyrénées Atlantiques, du fait de la proximité géographique avec l'Espagne, et sur l'agglomération bordelaise (zone investie par les entreprises portugaises notamment)

Il convient de souligner que la collectivité régionale, en tant que maître d'ouvrage, n'a pas attribué de marchés à des entreprises étrangères au cours de l'actuelle mandature ; Elle est en revanche confrontée à l'augmentation en volume du phénomène de sous-traitance étrangère dans le cadre de ses marchés de travaux : sous-traitance horizontale « en râteau » (plusieurs sous traitants de 1^{er} niveau) ou verticale « en cascade » (2^{ème} niveau et plus).

Le dossier « institut d'optique » (IOGS) est à ce titre emblématique: sur les 9 lots du marché attribués à des entreprises françaises, 6 sont concernés par une sous-traitance étrangère (espagnols, portugais ou polonais). Certains lots sous traités présentent un montant élevé (800 000 euros par exemple pour une entreprise portugaise)

¹ Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi, Pôle C

² Direction Départementale de la protection des populations

D'une manière générale, la constitution d'un dossier de candidature étant perçue comme complexe, le statut de sous traitant semble privilégié par les entreprises non établies en France.

2- Cette situation, dénoncée par les professionnels comme symptomatique du dumping social pratiqué par certaines entreprises, devient un facteur de contentieux au titre de la concurrence déloyale.

▪ **Le travail illégal**

Le respect de la législation française en matière fiscale et sociale conditionne la licéité de toute activité professionnelle exercée sur le territoire national par une entreprise, qu'elle soit ou non établie en France.

Or, les pratiques de travail illégal constituent selon les professionnels du BTP, une cause majeure de l'augmentation du recours à la main d'œuvre étrangère en Aquitaine.

Il convient de noter à cet égard que la direction générale du travail et la délégation nationale de lutte contre la fraude soulignent, dans leur dernier rapport, la progression constante du nombre d'infractions relevées depuis 4 ans en France, dans le secteur du BTP, par les services de contrôle de l'Etat et les organismes de protection sociale.

Plusieurs mécanismes frauduleux sont susceptibles d'induire une distorsion de la concurrence en permettant à certaines entreprises d'abaisser abusivement le coût du travail.

Ils concernent principalement la fraude au détachement.

Le régime du détachement permet à une entreprise établie hors de France mais intervenant sur le territoire national d'appliquer la législation de son pays en matière de protection sociale ; l'obligation de respecter le droit français du travail étant alors circonscrite à certains domaines tels que la durée du travail, le salaire minimum, l'hygiène et la sécurité, les congés payés.

Ce régime, strictement encadré par le code du travail, est sujet à diverses formes de fraudes :

- la fraude à l'établissement : l'entreprise ne respecte pas les 2 conditions légales du recours au détachement, à savoir : le caractère temporaire de l'intervention en France (en fonction de la durée nécessaire à la réalisation d'une opération préalablement définie) et l'exercice d'une activité significative dans le pays où son siège social est domicilié. Ainsi, une entreprise étrangère dont l'activité est entièrement tournée vers la France doit créer un établissement sur le territoire national et ne peut se prévaloir du détachement. Il semble que certaines officines, localisées en Belgique ou au Royaume uni facilitent ce type de fraude en offrant une façade légale permettant d'accéder aux appels d'offres.

- la fraude au détachement de salariés, caractérisée lorsqu'une entreprise détache des travailleurs qui, en réalité, sont employés en France de façon habituelle voire permanente : ces salariés relèvent en réalité du droit français en matière de sécurité sociale. (cf par exemple le procès pour travail dissimulé de la compagnie Ryanair devant le tribunal correctionnel d'Aix en Provence en mai 2013)

- le défaut de déclaration préalable de détachement : en application du code du travail, une déclaration rédigée en français doit être adressée avant le début de la prestation aux services de la DIRECCTE ; cette déclaration précise notamment le montant de la rémunération brute mensuelle durant le détachement ainsi que les horaires de travail. L'absence de déclaration préalable fait obstacle à toute démarche de contrôle a priori et favorise donc la fraude

- le non respect des dispositions applicables du code du travail : en matière de rémunération et de durée du travail par exemple, des amplitudes horaires de 60 à 80 heures de travail hebdomadaires ont été mentionnées concernant certains chantiers aquitains. Cette pratique illégale permet de bénéficier d'un coût horaire global d'environ 11 euros alors que le coût horaire moyen dans le BTP en France se situe entre 27 et 31 euros.

L'absence d'autorisation de travail ou de séjour, obligatoire pour les ressortissants d'états tiers ou soumis à période transitoire (bulgares et roumains, jusqu'au 31/12/2013) est également une infraction constatée de façon récurrente sur le terrain.

- Le prêt illicite de main d'œuvre : pour être licite, la mise à disposition de salariés détachés auprès d'une entreprise utilisatrice en France doit être réalisée par une entreprise de travail temporaire régulièrement établie à l'étranger, exerçant une activité significative dans son pays.

Or cette condition n'est pas toujours remplie : le cas d'interventions répétées d'équipes polonaises en Lot et Garonne au profit d'entreprises locales a par exemple été évoqué dans le cadre des auditions menées.

▪ **Vers une multiplication des contentieux ?**

Les professionnels locaux, en particulier dans le département des Pyrénées Atlantiques, semblent aujourd'hui adopter une attitude « pro active » face au développement de la concurrence étrangère jugée déloyale, et n'hésitent pas à saisir la justice, souvent avec le soutien de leur fédération professionnelle.

Deux affaires récentes jugées devant le Tribunal administratif de Pau illustrent cette tendance :

- La condamnation de la SEPA, le 19/02/2013, dans le cadre du recours formé par l'entreprise Atlantic Revêtements candidate non retenue pour un lot peinture concernant un marché de 20 millions d'euros passé il y a plus de 3 ans pour le compte de la chambre des métiers des Pyrénées Atlantiques. Les motifs de la condamnation sont doubles :

- absence de traduction en français des attestations présentées alors que le règlement de la consultation l'imposait
- fourniture du certificat de détachement après le commencement de la prestation soit 9 mois après la signature du marché

- Le recours pendant, déposé par la FFB 64, concernant un marché de gros œuvre pour une salle de spectacle attribué par la commune d'Anglet à une entreprise espagnole.

Toutefois, il semble que la FFB 64 souhaite privilégier la prévention des mauvaises pratiques plutôt que le contentieux : elle travaille en effet à la création, en partenariat avec les services de l'Etat, d'une commission de vigilance « pour faire en sorte que le contrôle se fasse avant l'attribution des marchés »

Elle a également contribué, en collaboration avec des juristes de l'université Pau Adour, à la rédaction d'une proposition de loi identifiant des mesures de prévention et de répression pour lutter contre la concurrence déloyale.

Ce panorama, dressé sur la base des témoignages et informations recueillies auprès des professionnels auditionnés, a conduit à s'interroger sur les modalités d'action et les marges de manœuvres des pouvoirs publics pour garantir la liberté et l'égalité de la concurrence.

LES ORIENTATIONS DE LA POLITIQUE NATIONALE

La lutte contre le travail illégal est aujourd'hui clairement identifiée comme une priorité, conformément aux instructions de la circulaire interministérielle du 11 février 2013 relative au plan national 2013/2015 de lutte contre le travail illégal.

A ce titre les services déconcentrés de l'Etat participent à l'élaboration du plan d'action régional qui doit notamment s'attacher à

- renforcer les actions de lutte contre les fraudes aux détachements dans le cadre des prestations de service transnationales (objectif n°2)
- développer le contrôle des opérations de sous-traitance « en cascade » (objectif n°3 du plan national)

Le « bâtiment et les travaux publics » figurent parmi les secteurs d'activité particulièrement visés.

En Aquitaine, il a été confirmé que les entreprises du BTP sont, en 2013, prioritairement ciblées par le comité opérationnel départemental anti-fraude (CODAF), qui pilote les actions conjointes de contrôle et de lutte contre le travail illégal.

Trois opérations récentes illustrent cette stratégie :

- le 21 mars 2103, le contrôle du chantier de l'extension du lycée Jacques Monod à Lescar qui a donné lieu à un constat de travail dissimulé d'un sous-traitant de 2^{ème} rang
- en juin, le contrôle de 15 entreprises et 49 salariés sur le chantier de l'EINSEB-MATMECA à Talence : des cas de travail dissimulé par dissimulation de salariés ont été constatés
- en mai, le contrôle de 16 entreprises et 73 salariés sur deux chantiers à Cenon et Sainte –Eulalie où un étranger en situation irrégulière et un emploi d'étranger sans titre ont été relevés.

Le gouvernement considère cependant que « les personnes publiques en tant que donneuses d'ordres, ont aussi un rôle de surveillance à assurer, afin de préserver à la fois leur sécurité juridique et les droits des employés de leurs contractants étrangers »

Dans cette logique, le décret n°2011-1601 a institué l'obligation, pour le donneur d'ordre, de vérifier l'authenticité des informations figurant dans l'attestation transmise par son cocontractant ; la loi n°2011-525 impose également dans tout contrat écrit conclu par une personne publique la fixation d'une pénalité (10% du montant du marché au maximum) applicable au cocontractant coupable de travail dissimulé.

LA PISTE EXPLOREE

La capacité des donneurs d'ordre à contrôler, en amont, les entreprises appelées à intervenir sur un chantier constitue la condition essentielle d'une prévention efficace du travail illégal. Elle répond également au souci de responsabilisation des pouvoirs adjudicateurs exprimé par l'exécutif national.

Le code des marchés publics (CMP) ouvre au maître d'ouvrage un large pouvoir de vérification du respect, par le titulaire du marché, de ses obligations fiscales et sociales³. En revanche, il reste à ce jour plus restrictif concernant le contrôle des sous-traitants du titulaire par le pouvoir adjudicateur.

Ainsi, seuls une déclaration sur l'honneur et les renseignements listés à l'article 114 CMP⁴ sont susceptibles d'être fournis à l'appui d'une demande d'acceptation d'un sous-traitant, quels que soient son rang ou sa nationalité.

Une note de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère des finances, en date du 5 juin 2013 rappelle le caractère impératif cette règle.

La réglementation actuelle ne permet donc le refus d'un sous-traitant que dans un cadre très contraint : la Région Aquitaine rend à cet égard peu de décisions de rejet, celles-ci étant le plus souvent fondées sur un déficit de capacités financières ou professionnelles, préjudiciable à la bonne exécution du marché.

Toutefois, sur ce dernier point, il convient aussi de tenir compte des effets pervers d'une exigence renforcée au plan administratif, l'augmentation du nombre de justificatifs demandés pouvant être pénalisante, à terme, pour l'ensemble des acteurs.

Cette position semble aujourd'hui partagée au niveau européen : l'accord intervenu le 26 juin 2013 entre le Conseil et le Parlement européen sur les futures directives marchés publics prévoit en effet « une réduction drastique de la documentation à travers le recours aux déclarations sur l'honneur et l'extension de l'usage des procédures électroniques »

Il n'en demeure pas moins qu'un décalage existe entre les restrictions du code des marchés publics en matière de contrôle des sous-traitants et l'obligation de vérification imposée par le code du travail⁵ à l'égard de toute personne qui conclut un contrat d'au moins 3 000 euros.

Le service juridique de la Région Aquitaine a donc été saisi dans le cadre de la mission sur les risques inhérents à la mise en place d'une procédure d'acceptation des sous-traitants exigeant la fourniture de pièces visées par le code du travail au titre de la lutte contre le travail illégal.

Mais cette option a été écartée par nos juristes, le risque d'être sanctionné par le juge de l'excès de pouvoir étant trop élevé en l'état actuel de la réglementation.

³ Article 46 du CMP

⁴ Les capacités professionnelles, techniques et financières du sous-traitant notamment

⁵ Articles L8222-1 et L8254-1

PRECONISATIONS

Des propositions peuvent toutefois être formulées à trois niveaux:

▪ **Au niveau Européen :**

Les modalités d'application de la Directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs sont actuellement en cours de discussion (cf projet de directive du parlement européen et du conseil relative à son exécution).

Dans ce cadre, une proposition de résolution européenne a été adoptée le 26 juin dernier par la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale.

Elle vise à travers une série de constats et d'exigences, à renforcer les moyens de lutte contre la fraude au détachement et le dumping social qui en résulte.

Le texte soutient notamment à ce titre les mesures suivantes :

1. création d'une agence européenne de contrôle du travail mobile, notamment dédiée à l'amélioration du système d'information administratif entre Etats
2. création d'une carte du travailleur européen électronique, permettant une identification rapide de l'entreprise et du travailleur, lors des contrôles sur le terrain.
3. mise en place d'une liste noire publique des entreprises et prestataires condamnés pour fraude au détachement avec pour effet l'interdiction de répondre à des appels d'offres, de sous-traiter ou de fournir une prestation de service de main d'œuvre, pendant une période donnée
4. extension à l'ensemble de la chaîne de sous-traitance et des secteurs d'activité du dispositif de responsabilité conjointe et solidaire du donneur d'ordre en cas de non paiement du salaire minimal, d'arriérés ou de prélèvement indu sur la rémunération du travailleur détaché.
5. mise en place d'un recours contre le donneur d'ordre ayant bénéficié, en toute connaissance de cause, d'une prestation facturée à un prix anormalement bas
6. édicition d'une liste ouverte des mesures de contrôle susceptibles d'être imposées par un Etat membre d'accueil à une entreprise étrangère détachant des travailleurs.
7. définition d'un salaire minimum de référence interprofessionnel ou professionnel afin d'harmoniser socialement les conditions de détachement.

Une demande d'inscription de ce texte à l'ordre du jour de l'assemblée nationale lors de la prochaine session parlementaire doit être déposée par la présidente de la commission des affaires sociales.

Il est proposé au député A Rousset de promouvoir et soutenir les mesures portées par la proposition de résolution européenne, en tenant compte :

- d'une part des difficultés auxquelles les donneurs d'ordre peuvent être confrontés en pratique pour assurer un contrôle efficace
- d'autre part, de l'absence de stabilisation au plan juridique de la définition de l'offre « anormalement basse »

Au sein du Comité des Régions de l'Union Européenne, saisi sur les propositions de la Commission en matière de politique économique et sociale, l'ARF, membre de la délégation française, pourrait également défendre ces orientations.

▪ **Au niveau National :**

La Fédération française du Bâtiment très mobilisée sur les thématiques de dumping social et de concurrence déloyale a identifié, en vue de lutter contre ces phénomènes, des mesures de nature législative ou réglementaire, en matière de droit du travail, de droit des marchés publics, de droit fiscal ou de droit commercial.

Certaines des évolutions légales souhaitées vont dans le sens d'un renforcement, au profit des donneurs d'ordre, des outils de prévention des pratiques concurrentielles déloyales.

Il est donc proposé au député A Rousset de soutenir les dispositions suivantes :

1. Confier aux Caisses de congés payés un rôle central dans la prévention du travail illégal à travers

- l'obligation pour l'inspection du travail de transmettre les déclarations de détachement à ces organismes⁶

- la généralisation de l'obligation de délivrance par ces caisses, de la carte BTP, à chaque salarié d'entreprises établies en France ou hors de France⁷.

Concernant ce dernier point, l'obligation de transparence pourrait être renforcée à travers une mesure tendant à imposer le port systématique du badge sur les chantiers.

2. Renforcer les moyens de contrôles de la régularité de la situation sociale des entreprises en exigeant, au titre des vérifications imposées aux donneurs d'ordre (*article L8222-1 du code du travail*), la fourniture par les entreprises établies hors de France, « d'un certificat datant de moins de 6 mois délivré par la caisse des congés payés compétente, attestant du paiement des cotisations et mentionnant l'effectif de l'entreprise »⁸

Cette mesure compléterait le dispositif existant pour les entreprises établies en France, qui doivent produire une attestation « sécurisée » de l'URSSAF.

3. Lorsque les travaux réalisés relèvent de l'assurance décennale obligatoire, conditionner la signature des marchés, à la production d'une attestation délivrée par un assureur agréé comportant au minimum les informations suivantes : n° de contrat, nature des garanties couvertes, période de validité des garanties, montant des garanties, nature des travaux, missions et activités couvertes.

4. Généraliser le devoir d'injonction de faire cesser les situations de travail dissimulé, en l'étendant à l'ensemble des interventions des entreprises titulaires en situation irrégulière : en effet, seules les personnes morales de droit public sont actuellement soumises à ce devoir d'injonction à l'encontre de leur contractant (*article L 8222-6 du Code du travail*)⁹

⁶ Modification de l'article R 1263-5 du code du travail

⁷ Modification des articles L 8221-5, L 8271-9 et L 8221-7-1 du code du travail

⁸ Modification des articles D 8222-5 et D 8222-7 du code du travail

⁹ Modification de l'article L8222-5 du code du travail

5. Ouvrir aux associations et syndicats professionnels le droit de se porter partie civile en cas de violation des dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail dissimulé¹⁰.

6. Etendre le régime d'auto liquidation de la TVA, actuellement appliqué aux entreprises non établies en France, à l'ensemble des sous traitants de travaux immobiliers¹¹.

Cette disposition permettrait de lutter contre les fraudes à la TVA pratiquées par certaines entreprises étrangères ; ces entreprises créent, en France, des établissements « éphémères », en réalité uniquement dédiés à la collecte de la TVA, dont le montant n'est jamais reversé à l'Etat Français. Ce « gain » permet aux structures « transitoires » de pratiquer des prix très « compétitifs »

La taxe pourrait alors être acquittée soit par l'entrepreneur principal soit par le maître d'ouvrage.

Afin d'éviter de favoriser les disparités de régime entre catégories d'entreprises, en particulier en termes de gains de trésorerie, la mise en place d'un dispositif d'auto liquidation par le maître d'ouvrage semble être la solution la plus équitable. Cette option est défendue par le SNSO.

▪ **Au niveau de la Région Aquitaine :**

En sa qualité de donneur d'ordre, en particulier dans le domaine des travaux publics au sein des lycées aquitains, la région a également un rôle à jouer dans la prévention du travail illégal.

Dans cette perspective, nos documents de consultation des entreprises pourraient être complétés ou précisés, de façon à rappeler clairement et explicitement la politique régionale en matière de lutte contre les pratiques de travail dissimulé.

Les propositions suivantes peuvent être formulées :

Concernant la candidature d'une entreprise française ou étrangère,

⇒ ***Compléter nos règlements de consultation*** en détaillant de façon exhaustive, les pièces exigibles à l'appui d'une candidature à un marché d'un montant supérieur ou égal 3 000 euros TTC, en application

- du Code des marchés publics¹²
- du Code du travail¹³

Concernant la demande d'acceptation d'un sous-traitant français ou étranger,

¹⁰ Modification de l'article 2-22 du code de procédure pénale

¹¹ Modification de l'article 283 du CGI

¹² Article 46 du CMP

¹³ Articles D 8222-5 (entreprise établie en France) D 8222-7 et D8222-8 (entreprise établie à l'étranger) , D 8254 -2 du code du travail

Le cadre réglementaire actuel plus restrictif, interdit à un pouvoir adjudicateur d'exiger d'un sous traitant, français ou étranger, la communication des pièces demandées à l'attributaire du marché.

Or parallèlement, le code du travail (*article L 8222-1*) soumet tout donneur d'ordre à un devoir de vérification du respect, par son cocontractant, des formalités imposées au titre de la prévention du travail dissimulé. De surcroît, le recours, par personne interposée, à une entreprise condamnée pour délit de travail dissimulé donne lieu à solidarité financière (*article L8222-2*).

Il s'agit donc de répondre plus efficacement à l'obligation de vigilance prescrite par le code du travail sans contrevenir aux dispositions du code des marchés publics ou de la loi du 31/12/1975 relative à la sous-traitance.

⇒ **Une démarche à double détente peut être envisagée:**

1- S'agissant du dossier de consultation des entreprises

- **introduire une clause générale relative à la sous-traitance dans nos actes d'engagement**, en rappelant la nécessité de respecter dans les contrats de sous-traitance, les prescriptions du code du travail liées à la prévention du travail dissimulé
- **intégrer dans nos CCAP une clause de pénalité** applicable en cas de non respect par le titulaire des obligations lui incombant au titre de la prévention du travail dissimulé

2- Concernant la nécessaire mise en concordance des dispositions du code du travail relatives à la prévention du travail dissimulé avec les règles légales applicables à la sous-traitance¹⁴ :

- **Engager un travail collaboratif** avec la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE Aquitaine Pôle C) afin que les attentes des pouvoirs adjudicateurs locaux puissent être relayées au sein du groupe de travail constitué par la Direction Générale du travail sur cette thématique.

Au terme de la réflexion menée, il apparaît en effet souhaitable de porter une demande d'extension de la capacité de contrôle du pouvoir adjudicateur sur les sous traitants : une preuve du respect par l'entreprise sous traitante, de ses obligations fiscales et sociales devrait pouvoir être exigée.

Enfin, au même titre que la politique d'insertion, dont la Région soutient le développement, la prévention du travail illégal devra être abordée dans le cadre du renouvellement de la « **convention de bonnes pratiques pour le soutien à l'activité économique des entreprises de bâtiment en Aquitaine** », actuellement en cours de discussion entre la Région et la FFB Aquitaine.

¹⁴ - Loi de 1975 relative à la sous-traitance - Code des marchés publics, particulièrement son article 114 relatif aux pièces exigibles à l'appui d'une demande d'acceptation d'un sous-traitant

EN CONCLUSION

Que l'on ne s'y trompe pas.

Il ne s'agit pas de prendre des mesures susceptibles de décourager les entreprises à venir vers la Commande Publique.

Le Conseil Régional est un des plus importants donneurs d'ordre en matière de marchés publics de travaux en Aquitaine.

Conscient des enjeux et des attentes des professionnels du Bâtiment, il est nécessaire d'encourager une concurrence saine et donc loyale, dans la commande publique.

Les textes tendent à rendre accessible la Commande Publique au plus grand nombre, et cela paraît souhaitable, dans un contexte économique difficile.

Les donneurs d'ordre publics ont tout à y gagner : on voit émerger de nouveaux candidats et les prix restent maîtrisés. Il faut éviter de multiplier les freins administratifs qui seraient susceptibles de décourager les entreprises les moins armées. C'est le prix à payer pour encourager la concurrence et c'est le vœu du législateur Européen et National.

Pour autant on doit encourager les entreprises à lutter à armes égales et renforcer les outils, éventuellement législatifs et réglementaires, pour les prémunir d'une concurrence déloyale.

Avec le soutien des organisations professionnelles et des organes de contrôle de l'Etat nous pouvons réellement peser sur l'évolution du dispositif.

Il s'agit de satisfaire à la double exigence s'imposant aux collectivités publiques en général et à la collectivité régionale en particulier : répondre aux besoins des Aquitains en termes d'équipements de qualité à des coûts particulièrement maîtrisés, dans le cadre d'une concurrence loyale ouverte à tous.