

Sous-traitance et risque de concurrence déloyale

Les dispositions du Code de la commande publique autorisant le titulaire du marché à sous-traiter une partie de ses prestations favorisent l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des PME. Cependant, la sous-traitance peut être à l'origine de certains comportements engendrant une rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence. Quels sont les outils permettant de lutter contre la concurrence déloyale dans le cadre de la sous-traitance ?

À l'occasion d'une question parlementaire en date du 18 octobre 2022⁽¹⁾, le ministère de l'Économie a été interrogé par un député sur le sujet de la politique française de lutte contre la concurrence déloyale et la sous-traitance en cascade, qui impacte fortement le secteur du bâtiment.

En effet, si les dispositions des articles L. 2193-3 et L. 3134-1 du Code de la commande publique (CCP) qui autorisent le titulaire d'un marché public ou d'une concession à sous-traiter une partie de ses prestations permettent incontestablement de renforcer le principe de la liberté d'accès à la commande publique au bénéfice des petites et moyennes entreprises, il n'en demeure pas moins que la sous-traitance peut engendrer certains comportements susceptibles de porter atteinte à la loyauté de la concurrence et de fausser le jeu de la libre concurrence.

Sous-traitance et risque de rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence

Sur l'exigence d'une concurrence loyale

La liberté d'entreprendre est un principe général à valeur constitutionnelle⁽²⁾, qui permet aux opérateurs économiques de créer et d'exercer librement leur activité, dans la limite du respect des lois et des règlements.

Auteurs

Guillaume Gauch
Avocat associé

Alice Larmet
Avocate à la Cour

(1) Question parlementaire n° 2219 de M. Viry au Ministère de l'économie, en date du 18 octobre 2022.

(2) Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

L'exercice de cette liberté ne doit toutefois avoir ni pour objet ni pour effet de permettre une bataille économique désordonnée et déloyale entre les concurrents d'un secteur. En effet, dès 1982, le Conseil constitutionnel précisait que la liberté d'entreprendre consistait « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »^[3]. Les opérateurs économiques ne doivent donc pas recourir à des procédés déloyaux qui auraient pour conséquence de causer un préjudice à leurs concurrents.

Pour cette raison, la victime d'un tel procédé dispose de la possibilité d'introduire une « action en concurrence déloyale » devant le juge judiciaire, sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle, prévue aux articles 1240^[4] et 1241^[5] du Code civil, en vue d'obtenir l'indemnisation de son préjudice, et la cessation de ces comportements.

Et, la reconnaissance du caractère fautif du procédé ne nécessite pas l'existence d'un élément intentionnel^[6], et ne réside pas seulement dans la violation des usages professionnels : la faute peut également être constituée lorsque le comportement de l'opérateur entraîne une rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence.

En effet, une telle rupture d'égalité entraîne une désorganisation générale du marché, qui constitue l'un des quatre cas de concurrence déloyale^[7]. Cette rupture d'égalité est susceptible de provenir de manquements en matière fiscale (concurrence fiscale déloyale) ou encore de manquements en matière de droit du travail (concurrence sociale déloyale). Ces deux types de manquements sont généralement liés puisque la violation des règles applicables en droit du travail peut avoir des répercussions en matière fiscale.

Des procédés déloyaux facilités par la sous-traitance en cascade

Pour plusieurs raisons, le principe d'égalité dans les moyens de la concurrence peut être affecté en cas de sous-traitance, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'une sous-traitance occulte et/ou d'une sous-traitance en cascade^[8].

[3] Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

[4] C. civ., art. 1240 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

[5] C. civ., art. 1241 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

[6] Cass. com. 29 mai 1967, *Bull. civ.* III, n° 209.

[7] Les comportements déloyaux sont généralement classifiés en quatre catégories (parasitisme, désorganisation, dénigrement, et imitation) mais seule la désorganisation du marché semble être en lien direct avec le recours à la sous-traitance.

[8] La sous-traitance en cascade correspond à la situation dans laquelle le titulaire du marché a confié l'exécution d'une partie de ses prestations à un sous-traitant de premier rang, qui recourt lui-même à des sous-traitants, et ainsi de suite. Ces modalités d'exécution sont de plus en plus répandues dans certains secteurs, comme celui du BTP.

En premier lieu, l'existence d'une telle sous-traitance peut poser des difficultés en matière de concurrence sociale.

D'une part, les sous-traitants « en bout de chaîne » recourant au travail de salariés détachés^[9] peuvent être tentés de contourner les conditions de détachement et la réglementation applicable^[10], en espérant échapper ainsi au contrôle des agents de l'inspection du travail.

À ce titre, il convient de noter qu'il existe trois grandes catégories de fraude dans le cadre du travail détaché :

- l'omission de formalités déclaratives incombant à l'employeur détachant ses salariés sur le territoire national prévues à l'article L. 1262-2-1 du Code du travail ;
- le non-respect des règles attachées au « noyau dur » des droits garantis aux travailleurs détachés figurant à l'article L. 1262-4 du Code du travail (salaire minimum, durées quotidienne et hebdomadaire maximales de travail, conditions de travail et d'hébergement...) ;
- la fraude à l'établissement^[11] (travail dissimulé, prêt illicite de main-d'œuvre, marchandage...).

Dans son rapport public annuel de 2019, la Cour des comptes soulignait toutefois que les données disponibles ne permettaient pas d'évaluer le niveau exact de ces fraudes.

D'autre part, les sous-traitants sont également susceptibles de contrevenir aux obligations et interdictions relatives au travail illégal^[12]. Ceux-ci sont notamment susceptibles de recourir au travail dissimulé, au prêt de main-d'œuvre illicite, et au marchandage.

En second lieu, l'existence d'une sous-traitance occulte et/ou en cascade peut également favoriser certains manquements en matière de droit fiscal, et engendrer une concurrence fiscale déloyale.

À ce titre, il convient de noter que la concurrence fiscale déloyale liée au non-reversement de la TVA au Trésor public par les sous-traitants de travaux immobiliers a été rendue impossible par la loi de finances pour 2014, qui a généralisé l'autoliquidation de la TVA dans le secteur du bâtiment^[13].

[9] L'article L. 1261-3 du Code du travail définit le salarié détaché comme étant tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci hors du territoire national, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le territoire national.

[10] Code du travail, art. L. 1260-1 à L. 1262-7.

[11] La fraude à l'établissement correspond à la situation dans laquelle le régime du détachement est utilisé alors que le salarié aurait dû être juridiquement employé en France et l'entreprise y être immatriculée, dans l'hypothèse où le salarié ou l'entreprise a une activité stable, habituelle et continue sur le territoire national.

[12] Aux termes de l'article L. 1261-2 du Code du travail, ces obligations et interdictions sont également applicables lorsque les prestations de services sont réalisées par des entreprises établies hors de France détachant du personnel sur le territoire national.

[13] CGI, art. 283 2 nonies.

Dès lors, le risque de concurrence fiscale déloyale provient essentiellement des avantages fiscaux que peuvent retirer certains sous-traitants du fait des manquements qu'ils commettent en droit du travail.

En toute hypothèse, l'ensemble de ces pratiques a nécessairement des conséquences sur l'égalité des moyens de la concurrence sociale et fiscale, puisque les sous-traitants qui commettent ces fraudes en retirent un avantage en bénéficiant notamment d'un coût de la main-d'œuvre moindre par rapport à leurs concurrents, dans un contexte de forte inflation et de course aux prix bas.

Et, si ces comportements sont susceptibles d'être dévoilés dans le cadre du contrôle effectué par les agents de l'inspection du travail, il convient de noter que ce contrôle peut être complexifié en cas de sous-traitance en cascade, compte tenu du nombre important d'intervenants.

La lutte contre la concurrence déloyale dans le cadre de la sous-traitance

Sur le rôle de l'acheteur public en cas de sous-traitance

Afin de lutter contre ce risque de concurrence sociale et fiscale déloyale, le législateur est intervenu à plusieurs reprises en vue de garantir le bon fonctionnement du marché économique, et a responsabilisé l'ensemble des acteurs, y compris l'acheteur public. Ces évolutions sont pour la plupart intervenues dans le cadre de la loi du 10 juillet 2014 « visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale »^[14] et ont principalement pour objet de lutter contre le travail illégal.

En premier lieu, il convient de noter que l'acheteur public doit opérer un certain nombre de contrôles en vue de s'assurer de la régularité de la situation sociale et fiscale de son cocontractant, mais également des sous-traitants de celui-ci.

D'abord, lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire est tenu de fournir à l'acheteur une déclaration mentionnant un certain nombre d'informations destinées à contrôler l'identité du sous-traitant, ses capacités, et à s'assurer que celui-ci n'est pas placé dans un cas d'exclusion.

Ensuite, lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au cours de l'exécution du marché, il revient à l'entrepreneur principal de faire accepter par le maître d'ouvrage chaque sous-traitant ainsi que les conditions de paiement.

S'il ne le fait pas, la sous-traitance est occulte. Dans cette hypothèse, l'article 14-1 de la loi du 31 décembre

1975 oblige le maître d'ouvrage à mettre en demeure l'entrepreneur principal de réaliser ces formalités si le contrat est un contrat de bâtiment ou de travaux publics. Et, s'il découvre l'intervention du sous-traitant en temps utile mais qu'il ne met pas en demeure l'entrepreneur de régulariser cette situation, le maître d'ouvrage commet lui-même une faute^[15].

Enfin, l'acheteur public est également tenu de réaliser un certain nombre de contrôles prévus par le Code du travail. À ce titre, il est notamment tenu de contrôler si l'opérateur économique établi hors de France qui détache temporairement un ou plusieurs salariés sur le territoire français a bien adressé une déclaration à l'inspection du travail, préalablement au détachement, et qu'il a désigné un représentant de l'entreprise sur le territoire national.

L'ensemble de ces dispositifs de contrôle permettent donc de renforcer de manière effective le contrôle opéré par l'acheteur public en matière de sous-traitance, et contribuent donc à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

En second lieu, au-delà de ces contrôles, l'acheteur public est également tenu d'enclencher trois dispositifs d'alerte lorsqu'il est informé par les agents de l'inspection du travail de certains faits commis par un employeur intervenant dans le cadre de l'opération.

D'abord, les articles L. 1431-1 et R. 4231-2 du Code du travail prévoient que lorsque le maître d'ouvrage est informé, par écrit, par un agent de contrôle de l'inspection du travail du fait que des salariés de son cocontractant ou d'une entreprise sous-traitante directe ou indirecte sont soumis à des conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine, celui-ci doit lui enjoindre aussitôt, par écrit, de faire cesser sans délai cette situation. L'employeur dispose alors d'un délai de vingt-quatre heures pour informer le maître d'ouvrage des mesures prises pour faire cesser la situation. Le maître d'ouvrage doit transmettre aussitôt cette réponse à l'agent de contrôle auteur du signalement ou l'informer de l'absence de réponse de la part de l'employeur. À défaut de régularisation de la situation signalée, le maître d'ouvrage est tenu de prendre à sa charge l'hébergement collectif des salariés^[16].

Ensuite, l'article L. 8281-1 du Code du travail prévoit que lorsqu'un acheteur public est informé par écrit par un agent de contrôle d'une infraction aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables au salarié d'un sous-traitant direct ou indirect^[17], celui-ci doit enjoindre à ce sous-traitant de faire cesser cette

[15] CE 28 mai 2001, SA Bernard Travaux Polynésie, req. n° 205449.

[16] Code du travail, art. R. 4231-1.

[17] Ces infractions ne concernent ici plus seulement les conditions d'hébergement, mais ont trait à l'ensemble des libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, à la durée du travail, aux repos compensateurs, au salaire minimum et au paiement du salaire, aux règles relatives à la santé et à la sécurité au travail, etc.

[14] Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 « visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ».

situation sans délai. Le pouvoir adjudicateur a alors l'obligation de transmettre à l'agent de contrôle une copie de la preuve écrite de régularisation de la situation, qui lui aura été fournie par le sous-traitant concerné.

Enfin, l'article L. 3245-2 du Code du travail prévoit que tout acheteur public, informé par écrit par un agent de contrôle du non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou conventionnel dû au salarié de son cocontractant, d'un sous-traitant direct ou indirect ou d'un cocontractant d'un sous-traitant, doit enjoindre, aussitôt et par écrit, à ce cocontractant ou ce sous-traitant de faire cesser cette situation sans délai. À défaut d'injonction de l'employeur ou d'information de l'agent de contrôle, le maître d'ouvrage risque d'être tenu solidairement avec l'employeur au paiement des rémunérations et indemnités dues à chaque salarié et des cotisations et contributions sociales y afférentes.

Dès lors, que ce soit par le biais des obligations de contrôle ou au moyen des dispositifs d'alerte susmentionnés, le législateur a renforcé l'obligation de vigilance de l'acheteur public en matière de manquements des sous-traitants à la législation du travail.

Des mesures jugées insuffisantes

En dépit de ces différentes mesures, de nombreux acteurs continuent d'alerter les pouvoirs publics sur les dérives actuelles de la sous-traitance en cascade, et sur l'impact qu'elle peut avoir sur la loyauté de la concurrence.

À cet égard, il convient de noter que la Fédération française du bâtiment (FFB) milite pour l'arrêt de la sous-traitance en cascade dans le secteur du bâtiment, et propose que la sous-traitance soit limitée au second rang pour les marchés passés en lots séparés, et au troisième rang pour les marchés non allotés^[18]. Un

[18] À ce jour, l'acheteur public dispose seulement de la possibilité de restreindre le recours à la sous-traitance en pouvant exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire (CCP, art. L. 2193-3).

député a d'ailleurs récemment déposé une proposition de loi visant à réformer, en ce sens, la loi de 1975 relative à la sous-traitance et le Code de la commande publique.

En outre, force est de constater que l'essentiel des dispositifs d'alerte pesant sur l'acheteur public ne peuvent être mis en œuvre qu'à la condition que l'inspection du travail soit en mesure d'effectuer suffisamment de contrôles sur les chantiers.

En effet, si la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques^[19] a rendu la carte du bâtiment et travaux publics obligatoire, et constitue « un moyen de lutte contre le travail illégal, la fraude au détachement et plus généralement contre la concurrence déloyale »^[20] en ce sens qu'elle permet aux agents de l'inspection du travail d'identifier de manière fiable tout salarié qui travaille sur un chantier, il apparaît nécessaire de développer et intensifier ces contrôles.

Ainsi, dans le cadre des « Assises du BTP » qui se sont tenues au mois de septembre 2022, le Gouvernement a annoncé un ciblage et une meilleure articulation des contrôles sur les chantiers pour lutter contre le travail illégal.

Enfin, le 22 mai dernier, le Comité interministériel antifraude consacré à la lutte contre le travail illégal a présenté aux partenaires sociaux un Plan national de lutte contre le travail illégal pour la période 2023-2027, qui prévoit notamment une promotion de la politique de ciblage des actions de contrôle sur des secteurs et enjeux prioritaires, de développer et mettre en œuvre de nouveaux outils pour promouvoir une meilleure efficacité des contrôles, et de développer la coopération en matière de lutte contre les fraudes transnationales.

Il sera souligné que la préoccupation actuelle des pouvoirs publics sur ces problématiques ne surprend pas dans un contexte de préparation des Jeux olympiques 2024, et de prochaines évolutions législatives ne sont pas à exclure.

[19] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ».

[20] Rép. min. n° 2219, JOAN 27 décembre 2022, p. 6711.