Wilhelm AVOCATS

Auteur: Wilhelm Avocats | Le : 6 septembre 2022

Listes noires : que risquent les entreprises qui ne respectent pas le cadre légal ?

Focus sur la question de l'utilité, de la légalité et de l'accessibilité de « listes noires » d'entreprises

Les entreprises doivent toutes se soumettre à un cadre légal strict en matière de respect des conditions de travail notamment.

Deux grandes catégories peuvent être mentionnées, à savoir le respect des lois spécifiques sur le travail d'une part, et le paiement des cotisations sociales d'autre part.

Les « listes noires » :

Les listes du SECO :

La loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN) et l'ordonnance afférente à cette loi (OTN) prévoient différentes mesures visant à contribuer à ce que les obligations en matière d'annonce et d'autorisation liées au travail et relevant du droit des assurances sociales, du droit des étrangers et du droit fiscal, notamment du droit de l'impôt à la source, soient remplies correctement.

Les employeurs qui ont fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour cause de non-respect important ou répété de leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers sont exclus, par les autorités cantonales compétentes, des marchés publics à l'échelon fédéral, cantonal et communal pour une période de cinq ans au maximum ou se voient réduire les aides financières de manière appropriée pour une période de cinq ans au maximum (art. 13 LTN).

C'est ainsi que le SECO tient une « liste noire » des sociétés ayant fait l'objet d'une **sanction sur la base de l'art. 13 de la Loi sur le travail au noir.**

Il sied de préciser que cette sanction intervient en sus des sanctions prévues par le droit des assurances sociales et le droit des étrangers.

Il existe également une « liste noire » des entreprises ayant fait l'objet d'une **sanction selon la Loi sur les travailleurs détachés** (LDét, article 9).

Ces deux listes sont publiques et accessibles en ligne à tout un chacun.

Les autres listes noires :

Dans différents domaines d'activité particuliers, il existe également des Conventions collectives de travail à respecter, lesquelles posent le cadre applicable dans le domaine concerné, en particulier en ce qui concerne les dispositions en matière de droit du travail.

Tel est en particulier le cas dans le domaine de la construction, dans le gros œuvre et le second œuvre, où il existe des Commissions paritaires chargées de l'application et de la surveillance de ces CCT.

Dans ce cadre, différents organismes tels qu'Offices cantonaux de l'inspection du travail, Commissions paritaires, Caisses de compensation ou encore Associations patronales tiennent à jour certaines « listes noires », comme par exemple :

- Liste des entreprises sanctionnées pour des infractions aux conditions de travail et de salaire en vigueur dans la branche ;
- Liste des entreprises ne payant pas la contribution professionnelle et les cotisations de retraite anticipée ;
- Liste des entreprises faisant l'objet d'une amende définitive, exécutoire et impayée ;

Ces listes sont parfois publiques (comme c'est le cas à Genève par exemple), ou parfois tenues confidentielles en raison de la protection des données (comme c'est le cas dans le canton de Vaud pour les listes tenues par les Commissions paritaires de la construction).

La situation particulière des soumissionnaires en droit des marchés publics :

Dans le domaine des marchés publics, une attention toute particulière doit être portée à ces « listes noires ». En effet, un soumissionnaire peut être exclu de futurs marchés s'il figure sur l'une de ces listes.

Conformément à l'art. 44 de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP), un soumissionnaire peut être sanctionné par une décision d'exclusion de la procédure d'adjudication ou de révocation de l'adjudication, notamment dans les cas suivants :

- a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption;
- refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés;
- ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles;
- ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, les dispositions relatives à la confidentialité, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral;
- a violé les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN :

Dans ces deux dernières hypothèses, un soumissionnaire peut être **exclu pour une durée maximale de cinq ans** des futurs marchés soit par l'adjudicateur, soit par l'autorité compétente en vertu de la loi (art. 45 al. 1 LMP).

Cette décision d'exclusion vaut pour tous les marchés de l'adjudicateur concerné, voire même pour tous les marchés des adjudicateurs

de la Confédération en cas de violation des mesures de lutte contre la corruption (art. 44 al. 1 let. e).

C’est ainsi qu’il existe également une « *liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés, qui mentionne le motif et la durée de l’exclusion des marchés publics* » au sens de l’art. 45 al. 3 LMP.

Ces mêmes sanctions existent également au niveau cantonal, en vertu de l’art. 45 de l’Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

La publication des sanctions :

Dans un arrêt du 7 juillet 2022, le Tribunal fédéral a eu l’occasion de se pencher sur la légalité de l’art. 45 de la Loi tessinoise sur les marchés publics, lequel prévoyait la publication systématique des sanctions prises contre les soumissionnaires dans le Journal officiel du canton.

Le TF a considéré en substance que la publication automatique de sanctions ou de décisions d’exclusion des soumissionnaires viole le principe de proportionnalité ; notre Haute Cour a considéré que **l’atteinte aux intérêts de la société** était manifestement **excessive** par rapport à l’intérêt poursuivi par la publication de la sanction, et qu’une publication automatique de la sanction est disproportionnée sur le principe.

Dans le domaine des marchés publics, la publication de telles décisions peut en effet porter gravement atteinte à la réputation d’une entreprise.

Il convient donc d’une part que les autorités procèdent à une pondération des intérêts en cause, mais également que les soumissionnaires veillent tout particulièrement à ne pas violer les dispositions applicables et de faire en sorte d’éviter de telles sanctions.

Me Ema Bolomey vous conseille en droit des marchés publics et en droit administratif général.

Source :
https://www.wg-avocats.ch/actualites/marches-publics/listes-noires-risquent-entreprises-ne-respectent-pas-cadre-legal/