

La responsabilité solidaire du « donneur d'ordre » en droit du travail

Cet article a été rédigé à la suite du webinaire du 22 avril 2021 du cycle « Bâtir sur du solide » sur la thématique :
« L'entreprise générale et le droit du travail en cas de sous-traitance : responsabilité solidaire et aggravée » avec **Maitre Marianne Goebel, associée de l'étude GDM Avocats** comme orateur.

Lorsqu'une entreprise au Luxembourg intervient en tant maitre d'ouvrage, entreprise générale, ou même en tant que sous-traitant, et décide de faire appel à un sous-traitant, elle endosse en droit du travail une responsabilité particulière en tant que « donneur d'ordre.»

Cette responsabilité du donneur d'ordre à l'égard des salariés des sous-traitants, ou « responsabilité solidaire », a été mise en place au Luxembourg sous l'impulsion de la directive d'exécution en matière de détachement de 2014, et a été renforcée avec la transposition récente de la directive de 2018.

Ce présent article propose de clarifier les obligations qui reposent sur le donneur d'ordre afin d'échapper à cette responsabilité en distinguant les situations où les sous-traitants ne détachent pas de salariés au Luxembourg, de celles où les sous-traitants détachent des salariés au Luxembourg.

I.- La responsabilité solidaire du donneur d'ordre même en dehors de tout détachement

Alors que la directive de 2014 imposait aux Etats membres de l'Union européenne de mettre en place un mécanisme de responsabilité solidaire limité à des situations de détachement au secteur de la construction, et entre contractants directs, le Luxembourg a opté pour un principe de responsabilité plus générale du donneur d'ordre.

Ainsi, depuis une loi du 14 mars 2017, toute entreprise qui a la qualité de maitre d'ouvrage ou de donneur d'ordre endosse au Luxembourg une responsabilité solidaire en droit du travail même à l'égard de salariés d'un sous-traitant, direct ou indirect, qui sont, ou pas, en situation de détachement, et indépendamment du secteur d'activité.

Cependant, cette responsabilité solidaire du donneur d'ordre n'est pas activée si ce dernier a un comportement diligent.

En dehors d'une situation de détachement, il suffit que le donneur d'ordre respecte une « obligation d'information » qui se décompose en réalité en une obligation d'injonction à l'égard du sous-traitant assortie d'une obligation de dénonciation auprès de l'Inspection du travail et des Mines (ou ITM).¹

▪ L'obligation d'injonction en cas d'information de l'ITM

L'obligation d'information du donneur d'ordre est due, s'il n'y a pas de détachement de salariés, seulement si ce dernier est informé par l'ITM qu'un sous-traitant est en infraction aux dispositions d'ordre public du droit du travail.

¹ Cette obligation est détaillée par l'article L.281-1 du Code du travail.

Le sous-traitant peut être un sous-traitant « indirect », ou encore un « contractant d'un sous-traitant », c'est-à-dire une entreprise avec laquelle le « donneur d'ordre » n'a passé aucun contrat.

Le donneur d'ordre doit alors, dès la réception du courrier de l'ITM, enjoindre le sous-traitant concerné de faire cesser l'infraction ; cette injonction doit être faite « aussitôt » et par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le sous-traitant est à son tour tenu de répondre à l'ITM en expliquant qu'il a procédé à la régularisation de la situation ; la réponse du sous-traitant doit avoir lieu dans les meilleurs délais, par lettre recommandée avec accusé de réception, et une copie doit être transmise au donneur d'ordre.

▪ **L'obligation de dénonciation en cas de silence du sous-traitant**

Il est demandé au donneur d'ordre de ne pas se contenter d'informer le sous-traitant, mais de réagir en l'absence de réponse du sous-traitant : la loi impose en effet au donneur d'ordre d'informer l'ITM de l'absence de réponse du sous-traitant, et ceci « *dans un délai maximum de quinze jours calendaires à compter de la notification de l'infraction.* »²

Si le donneur d'ordre ne respecte pas cette procédure, sa responsabilité solidaire est engagée, et il est susceptible de devoir payer les rémunérations, indemnités et charges qui seraient dues aux salariés du sous-traitant en question.

II.- La responsabilité solidaire aggravée du donneur d'ordre en cas de détachement

Dès lors qu'un sous-traitant étranger intervient au Luxembourg, la responsabilité solidaire du donneur d'ordre est « aggravée » car ce dernier est tenu de vérifier que ce prestataire – qu'il soit sous-traitant direct ou indirect – a bien fait la déclaration de détachement en vue de l'obtention du badge social des salariés détachés.

Depuis la réforme de 2020³, on soulignera que l'obligation de contrôle du donneur d'ordre est assortie d'une obligation de déclaration en cas de manquement du sous-traitant étranger.

Il est aussi à noter, à la suite de l'augmentation du nombre de dispositions d'ordre public devant être respectées, que l'obligation d'information du donneur d'ordre est devenue plus étendue.

▪ **L'obligation de contrôle du donneur d'ordre « dès le commencement du détachement »**

Contrairement aux sous-traitances purement internes au Luxembourg, où l'obligation d'information du donneur d'ordre n'existe qu'en cas de demande de l'ITM, il est demandé au donneur d'ordre, dès lors qu'un sous-traitant étranger intervient, d'avoir une copie de la déclaration de détachement de ce dernier.

La loi impose en effet au donneur d'ordre, depuis la réforme de 2017, de vérifier l'existence de cette déclaration, et, en particulier, que le sous-traitant a bien indiqué

² Article L281-1 (3) du Code du travail.

³ Loi du 15 décembre 2020 transposant la Directive du 28 juin 2018 relative au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale (Mémorial A n° 1024 du 18 décembre 2020).

l'identité de la personne de référence sur le territoire luxembourgeois pour communiquer avec l'ITM. A noter que cette personne de référence peut-être une personne physique ou une société.⁴

▪ **L'augmentation de la responsabilité solidaire du donneur d'ordre avec la réforme de 2020**

Il faut noter, qu'à la suite de la loi du 15 décembre 2020⁵, la responsabilité du donneur d'ordre est augmentée car ce dernier doit lui-même déclarer le détachement si un sous-traitant étranger ne justifie pas avoir fait la déclaration de détachement.

En effet, si le donneur d'ordre ne dispose pas de la copie de la déclaration de détachement dès le commencement du détachement, la loi lui impose de communiquer lui-même à l'ITM certaines informations relatives au détachement, ainsi qu'une copie du contrat de prestation de service, et ceci dans les huit jours.⁶

De plus, avec la réforme de 2020, l'employeur étranger est tenu de respecter la rémunération applicable au secteur d'activité concerné (et non pas seulement de garantir le salaire social minimum comme auparavant) et de communiquer dans la déclaration de détachement une copie du registre relatif à l'hébergement du salarié détaché.⁷

Dès lors, il est vivement conseillé aux entreprises luxembourgeoises d'accompagner les sous-traitants étrangers dans leur respect de ces nouvelles exigences.

On notera enfin qu'en cas d'une situation de détachement, si le donneur d'ordre ne respecte pas ses différentes obligations – obligations de contrôle, de déclaration si le sous-traitant n'est pas diligent, et d'information en cas de demande de l'ITM - il risque de devoir payer, en plus des rémunérations des salariés du sous-traitant en infraction qui seraient dues, une amende administrative équivalente à celle que devra payer l'employeur détachant en infraction⁸, et de subir une éventuelle mesure de cessation des travaux.

Contact

Gilles.Cabos@cdm.lu

⁴ Cette obligation est fixée par l'article L.142-2 (2) du Code du travail.

⁵ Loi portant transposition de la Directive 2018/957 qui a modifié la Directive de 1996 sur le détachement.

⁶ Cette obligation a été ajoutée à l'article L.142-2 (2) du Code du travail.

⁷ Le registre est prévu par l'article L. 291-3 du Code du travail dès lors qu'un salarié est éloigné de son lieu de travail habituel. Le registre doit être contresigné par le salarié concerné.

⁸ L'amende reste fixée à entre 1.000 et 5.000 euros par salarié détaché avec un montant maximal de 50.000 euros.