



République et canton de Genève
Département des finances
Le Conseiller d'Etat
Département de la sécurité et de l'économie
Le Conseiller d'Etat
Place de la Taconnerie 7
204 Genève

Concerne : Consultation révision AIMP

21 novembre 2014

Messieurs les Conseillers d'Etat,

La CGAS a pris connaissance du projet de révision de l'AIMP. Sa prise de position est la suivante :

A. Politique de la CGAS en matière de marchés publics

Pour la CGAS, il est essentiel que la concurrence entre soumissionnaires ne soit pas basée sur le seul critère du prix le plus bas, afin d'éviter des pressions à la baisse sur les salaires et les conditions de travail ou un recours abusif à la sous-traitance; il s'agit en particulier d'éviter que les entreprises octroyant des prestations supérieures aux minimaux prévus soient défavorisées de ce fait. Par ailleurs, il est essentiel que le respect des conditions de travail par les entreprises adjudicataires et leurs sous-traitants soit effectivement garanti durant toute l'exécution des travaux.

Le droit actuel des marchés prévoit le respect des conditions de travail comme condition de participation aux marchés publics ; en pratique, le contrôle de cette condition ne s'est longtemps fait que sur la seule base d'attestations à produire par les entreprises avant l'adjudication et aucun contrôle n'était ensuite effectué par les autorités pour s'assurer que ces conditions de travail étaient effectivement respectées par les adjudicataires et leurs sous-traitants. Les syndicats ont ainsi, à plusieurs reprises, été amenés à dénoncer des violations des règles légales et conventionnelles commises par des entreprises adjudicataires de marchés publics ou par leurs sous-traitants. Ils sont ainsi intervenus auprès des adjudicateurs et des autorités cantonales pour que soient mis en place des dispositifs assurant des contrôles effectifs des conditions de travail pendant l'exécution des travaux (notamment en cas de recours à la sous-traitance), des sanctions plus dissuasives à l'égard des contrevenants et une indemnisation rapide des salariés lésés au travers de fonds sociaux. Des solutions négociées ont pu être trouvées entre autorités et partenaires sociaux sur ces points, notamment dans le cadre des marchés publics de la Ville de Genève.

Pour les syndicats, c'est au regard de ces exigences et de ces expériences que cette révision envisagée de l'AIMP doit être évaluée.

Concerne : Consultation révision AIMP

2/5

Par rapport à l'AIMP actuel qui fixe des principes généraux et qui laisse le soin aux cantons d'édicter les dispositions d'application (art. 13 AIMP), l'AIMP révisée prévoit une réglementation destinée à s'appliquer uniformément dans tous les cantons et qui ne laisse à ces derniers quasiment aucune autonomie. Selon l'interprétation que les tribunaux pourraient être amenés à donner à cet AIMP révisé, il est à craindre que les cantons soient notamment empêchés de maintenir et, a fortiori, de développer leur réglementation en matière de contrôle des conditions de travail sur les marchés publics.

B. Application des conditions de travail du lieu d'origine

L'AIMP actuel prévoit comme principe général à son article 11 let. e le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Le droit cantonal genevois précise ce principe en prévoyant que pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les sous-traitants doivent respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité (art. 20 al. 1 RMP).

Le texte du projet d'AIMP révisé prévoit à son article 13 al. 1, pour les soumissionnaires étrangers, le respect des conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation. En revanche, pour les soumissionnaires nationaux, l'article 13 al. 2 prévoit que toutes les dispositions applicables en Suisse sont réputées équivalentes ; cet article introduirait donc pour les soumissionnaires nationaux le principe de l'application des conditions de travail du lieu d'origine.

Sachant que les conditions usuelles de travail ne sont de loin pas uniformes en Suisse, qu'il existe de nombreuses conventions collectives et contrats-types qui ne sont applicables que dans un canton, qu'il existe également des avenants cantonaux à des conventions collectives nationales, l'introduction du principe de l'application des conditions de travail du lieu de travail d'origine entraînerait un avantage concurrentiel injustifié en faveur des soumissionnaires provenant des cantons dont les conditions de travail sont les plus basses. Cela entraînerait donc inévitablement dans le canton de Genève, dans lequel les conditions de travail et le coût de la vie sont plus élevés que la moyenne suisse, une pression à la baisse sur lesdites conditions de travail. Un tel risque doit absolument être évité, raison pour laquelle il s'impose de maintenir, dans tous les cas, le principe d'application des conditions de travail du lieu d'exécution.

C. Introduction de mécanismes d'adjudication pouvant entraîner une pression à la baisse sur les conditions de travail

L'actuel AIMP prévoit comme principe général la renonciation à des rounds de négociation (art. 11 let. c AIMP).

Le projet d'AIMP introduit de nouveaux mécanismes d'adjudication, à savoir les enchères électroniques portant sur les prix ou sur les prix et les valeurs des autres éléments quantifiables de l'offre (art. 23) et les négociations avec les soumissionnaires portant sur les prestations, les modalités de leur exécution et la rémunération (art. 24).

Le but de tels mécanismes est de permettre aux adjudicateurs de faire des économies. Dans la mesure où les coûts salariaux constituent souvent une part considérable du montant de l'offre, il est

à craindre que de tels mécanismes entraînent une pression à la baisse sur les conditions salariales et sociales, un recours plus important à la sous-traitance ainsi que des risques de faillite (avec des salaires et des charges sociales impayés et des coûts sociaux répercutés sur la collectivité).

D. Absence de prise en considération de critères sociaux dans les critères d'adjudication

Actuellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de marchés publics n'exclut pas le recours à des critères d'adjudication sociaux ou environnementaux qui n'ont pas de lien direct avec les prestations objets du marché en cause, dès lors que ceux-ci sont prévus par une disposition légale (arrêt du TF 2D_58/2013 du 24 septembre 2014, destiné à la publication). La doctrine juridique récente s'intéresse aussi à cette question et tend à admettre des critères d'adjudication de nature sociale ou environnementale.

Dans l'arrêt 2D_58/2013 du 24 septembre 2014, le Tribunal fédéral n'a pas exclu la prise en compte du niveau des salaires (dépassant le minimum conventionnel) comme critère d'adjudication dans la mesure où ce critère repose sur une base légale.

Sur le plan européen, la Cour de Justice de l'Union européenne a récemment reconnu des critères d'adjudication de nature sociale ou environnementale même si ceux-ci n'avaient qu'un lien indirect avec le marché (arrêt C-368/10 CJCE du 10 mai 2012). La récente directive 2014/24/UE renforce cette conception en soulignant l'importance de garantir les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail, qui n'ont pas forcément de lien avec le marché, par exemple l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes en cours d'exécution du marché à attribuer, une plus grande participation des femmes au marché du travail ou la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée.

Dans le projet d'AIMP révisé, l'article 31 al. 1 AIMP prévoit que l'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Il exclut donc par principe la prise en compte de critères sociaux, puisque ceux-ci n'ont pas de lien direct avec la prestation. La seule réserve à ce principe, prévue à l'article 31 al. 2 AIMP, est très limitée : en effet, cette disposition s'applique aux seuls marchés non soumis aux accords internationaux ; en outre, le seul critère social à pouvoir être pris en compte à titre complémentaire est la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation aux personnes en formation professionnelle initiale.

Cette réglementation prévue à l'article 31 AIMP fait ainsi obstacle aux politiques sociales que voudraient développer des autorités adjudicatrices dans le cadre des marchés publics. Elle est beaucoup plus limitative que ce que permet la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral et que ce que prévoit le droit européen.

E. Conclusions

Pour la CGAS, le projet d'AIMP révisé constitue un modèle ultra-libéral centré sur les prix et l'intérêt à court terme des collectivités d'économiser les deniers publics. Ce modèle met une forte pression

Concerne : Consultation révision AIMP

4/5

sur les conditions de travail et fait obstacle à toute politique visant à prendre en compte des objectifs sociaux lors de l'attribution de marchés publics, alors que ceux-ci sont dans l'intérêt non seulement idéal, mais également économique des collectivités (en favorisant la formation, l'emploi des chômeurs et en évitant le recours à l'aide sociale).

Pour ces motifs, la CGAS s'oppose à ce que le canton de Genève entre en matière sur cette révision de l'AIMP. Etant donné que le texte de l'AIMP constitue un paquet entièrement ficelé, il apparaît illusoire de pouvoir mener une négociation avec tous les autres cantons afin de l'amender de manière à le rendre acceptable pour le canton de Genève.

Il convient dès lors de privilégier l'adoption d'une réglementation cantonale sur les marchés publics assurant le respect des conditions de travail locales, permettant aux collectivités de prendre en compte des critères d'adjudication sociaux et prévoyant des mesures pour assurer le contrôle effectif des conditions de travail par les adjudicataires et leurs sous-traitants ainsi des sanctions dissuasives à l'encontre des contrevenants. Les éléments – essentiellement techniques - du projet d'AIMP révisé qui ne sont pas contestés pourront sans autres être repris dans le droit cantonal genevois.

Dans le cadre de l'adaptation du droit cantonal des marchés publics, la CGAS préconise en particulier l'introduction des mesures suivantes :

- Procédure de préavis des partenaires sociaux sur le respect des conditions de travail
- Prise en compte pour apprécier le respect des conditions de travail des faits imputables aux organes des soumissionnaires, aux tiers auxquels ils font appel ou aux organes de ces derniers ainsi qu'aux sociétés dont les ayants droits économiques sont les mêmes que ceux des soumissionnaires (dans les soumissions sous des raisons sociales différentes après une exclusion des marchés publics)
- Limitation et contrôle de la sous-traitance : limitation de la part totale de la sous-traitance, interdiction de la sous-traitance de la prestation caractéristique, interdiction de la sous-traitance au 2^{ème} degré, procédure de préavis en cas d'intervention d'un nouveau sous-traitant ou de changement de sous-traitants lors de l'exécution du contrat (avec suspension possible des travaux en cas d'intervention d'un sous-traitant non autorisé), obligation pour le soumissionnaire de contrôler ses sous-traitants pendant l'exécution du contrat ;
- Limitation du recours au travail intérimaire ;
- Amélioration des contrôles des conditions de travail pendant l'exécution du contrat ;
- Augmentation des sanctions administratives en cas de violation des conditions de travail (avec sanction possible de l'adjudicataire en cas de violation commise par un sous-traitant ou une entreprise de travail intérimaire) ;
- Exclusion des marchés publics en cas de condamnation pour licenciement abusif pour motif syndical ;

Concerne : Consultation révision AIMP

5/5

- Création d'un fonds social cantonal permettant une indemnisation rapide des travailleurs lésés exécutant des travaux faisant partie d'un marché publics ;
- Introduction de critères d'adjudication sociaux.
- Création d'une commission (ou d'une sous-commission) de surveillance des conditions de travail dans les marchés publics, composée de représentants de l'Etat et des partenaires sociaux, avec des compétences pour contrôler les offres (en lien avec les conditions de travail), pour contrôler les conditions de travail pendant l'exécution des contrats, pour recourir contre les adjudications (en lien avec les conditions de travail) et pour prononcer des sanctions à l'encontre des contrevenants.



Alessandro Pelizzari, Unia Genève
Vice-président CGAS



Manuela Cattani, SIT
Présidente CGAS