

| | |
|-------|----------------------------------|
| B 2 | 8. BGBM LMI LMI |
| B 2.8 | 1. Marchés publics Genève |

Empfehlung; Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandation; art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazione; art. 8 cpv. 2 LMI

Recommandation du 5 juillet 2004 selon l'article 8 alinéa 2 de la Loi sur le marché intérieur (LMI) en l'affaire marchés publics Genève concernant le Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01)

1. Etat de fait

1. En avril 2003, les autorités valaisannes ont interpellé la Commission de la concurrence au sujet de l'admissibilité, du point de vue de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), de la pratique genevoise exigeant, pour la passation de marchés publics, que les entreprises soumissionnaires respectent les conventions collectives de travail du lieu de destination, soit celles qui sont applicables à Genève.

2. Lors des recherches menées par le secrétariat de la Commission de la concurrence, il est apparu que la pratique genevoise était fondée sur le Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01; ci-après: le Règlement), qui contient notamment les dispositions suivantes:

Art. 11 Respect des conditions de travail locales

Lors de la passation de marchés réalisés dans le canton, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les dispositions de protection du travail, de même que les conditions des conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, ou, en leur absence, les prescriptions usuelles dans la branche, applicables au lieu où est réalisée la prestation.

Art. 28 Respect des conditions de travail

¹ *Ne sont prises en considération que les offres accompagnées des attestations:*

[...]

3° certifiant, pour le personnel travaillant sur territoire genevois:

- a) *soit que le prestataire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève,*
- b) *soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: l'office cantonal), un engagement de respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance accident et d'allocations familiales;*

[...]

² *Pour obtenir l'attestation prévue à l'alinéa 1, chiffre 3 lettre b, il doit:*

- a) *prendre connaissance auprès de l'office cantonal des usages locaux de sa profession;*
- b) *signer à l'office cantonal un engagement officiel de respecter ces usages, à l'égard de son personnel travaillant sur territoire genevois*

[...].

Art. 29 Réciprocité

Ne sont admis à soumissionner que les prestataires domiciliés dans un canton ou un pays accordant la pleine réciprocité aux prestataires genevois exerçant la même activité.

3. Estimant que ces dispositions étaient contraires à la LMI en créant des restrictions inadmissibles au libre accès au marché, le secrétariat de la Commission de la concurrence a adressé, le 10 mars 2004, un courrier au Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement de la République et Canton de Genève (ci-après: DAEL). Il lui a fait part de ses doutes quant à l'admissibilité de ces prescriptions en regard de la LMI et lui a donné la possibilité de se prononcer à ce sujet.

4. Les observations du DAEL sont parvenues au secrétariat de la Commission de la concurrence le 3 mai 2004. Il l'informe qu'il est prévu, lors d'une prochaine révision du Règlement, d'abandonner la clause de réciprocité contenue à son article 29. En revanche, il estime qu'un risque de dumping salarial justifie le fait d'exiger des soumissionnaires externes qu'ils respectent les conventions collectives et usages locaux en vigueur à Genève. Il sera revenu plus loin en tant que besoin sur le détail des arguments du DAEL.

5. Les présentes recommandations se fondent sur l'article 8 LMI, qui donne à la Commission de la concurrence, en tant qu'autorité de surveillance de cette loi, la compétence d'adresser à la Confédération, aux

cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants.

2. Principes de base régissant la LMI

6. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Elle prescrit à la Confédération, aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches publiques de veiller à ce que leurs prescriptions ou décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent le droit pour toute personne d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse (art. 2 al. 1 et 2 LMI).

7. La LMI repose essentiellement sur le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, c'est-à-dire que toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse, pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège (art. 2 al. 1 LMI).

8. L'article 3 alinéa 1 LMI, permet toutefois de restreindre la liberté d'accès au marché d'offreurs externes en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination. Ces restrictions ne sont cependant admissibles que si elles:

- a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux,
- b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et
- c) répondent au principe de la proportionnalité.

9. Ces restrictions ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

10. Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3 LMI (art. 5 al. 1 LMI). La LMI ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics mais vise simplement à garantir un accès non discriminatoire au marché.

11. Il s'agit dès lors d'examiner, au regard des principes de la LMI, la législation genevoise sur la passation de marchés publics, qui contient des dispositions limitant la liberté d'accès au marché des entreprises extra-cantonales.

3. Examen des dispositions cantonales contraires à la LMI

3.1 Article 29 Règlement - Clause de réciprocité

12. La réciprocité est possible en ce qui concerne des Etats qui sont engagés par des traités internationaux. En revanche, la réserve de réciprocité est devenue caduque pour les cantons suite à l'entrée en vigueur de la LMI. En effet, dans un marché intérieur suisse, tous les offreurs qui possèdent un siège ou un établissement en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché.

13. Pour ces raisons, et conformément à sa pratique antérieure en la matière (cf. recommandations publiées dans la revue DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 9-12; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 11-15, p. 339; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 15-16, p. 295), *la Commission de la concurrence recommande de renoncer à cette clause de réciprocité, en ce qu'elle concerne les cantons.*

3.2 Articles 11 et 28 Règlement - Respect des conditions de travail genevoises

14. La Commission de la concurrence a également déjà eu l'occasion de rappeler la situation juridique en rapport avec la question du respect des conditions de travail (DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 24-29, p. 335 s.; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 24-28, p. 342 s.; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 40-41, p. 291).

15. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance (Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178; Amt. Bull. StR 1995 931, 934). Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité, ou pour le moins de l'équivalence, des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité social largement unifié. Cette interprétation est partagée par la doctrine et la jurisprudence (cf. ch. 16 et 17 ci-dessous).

16. En vertu de l'article 3 alinéa 2 lettre d et alinéa 3 lettre a LMI, les soumissionnaires extérieurs qui détachent des travailleurs pour exécuter un marché dans un autre canton ne peuvent se voir imposer le respect des conditions de travail qu'au lieu d'établissement de leur entreprise en Suisse. Le niveau des conventions collectives de travail (CCT) étant à peu près comparable dans toute la Suisse, une dérogation au principe du droit du lieu de provenance ne se justifie pas et constituerait une mesure protectionniste. La protection sociale suffisante des travailleurs constitue le seul intérêt général susceptible de justifier une restriction, à l'exclusion de mesures de politique économique visant à préserver des entreprises de la concurrence au nom d'une "égalité des armes". Supprimer la concurrence des entreprises établies dans des cantons économiquement plus faibles, où le niveau des salaires est

plus bas, reviendrait même à contrecarrer le but de stimulation de la concurrence intérieure poursuivi par la LMI. En conséquence, le principe de proportionnalité prescrit l'application des prescriptions en vigueur au lieu de provenance lorsque celles-ci permettent d'atteindre la protection recherchée. Il s'oppose à une obligation de respect des conditions de travail au lieu d'exécution du marché. Une exception n'est possible qu'en cas de véritable dumping social (E. CLERC, *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, ad art. 5 LMI, ch. 126, p. 1360).

17. Le Tribunal fédéral, à l'ATF 124 I 107, cons. 2f, a confirmé cette interprétation, en soulignant que l'obligation d'adhérer à une CCT pour obtenir l'attribution d'un marché constituerait une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché pour les entreprises extérieures qui ne connaissent pas les mêmes conditions: bien que poursuivant un objectif de politique sociale au sens de l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI, une telle restriction serait contraire au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1, let. c et al. 3 LMI) et constituerait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI). Cette vision est partagée par la Commission de la concurrence (DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3). Par ailleurs, une règle qui subordonne la participation à un marché public à l'adhésion d'une CCT ou au respect des dispositions matérielles de celle-ci est contraire au droit fédéral et aboutit pratiquement au même résultat qu'une décision d'extension d'une CCT, mais ignore les conditions auxquelles l'extension est subordonnée et frustre les dissidents des droits que la LECCT (RS 221.215.311) leur accorde impérativement. Enfin, l'obligation d'adhésion à une CCT violerait, au regard du principe de proportionnalité, le droit constitutionnel à la liberté économique et à la liberté d'association. La motivation du Tribunal fédéral doit également s'étendre à une réglementation qui exigerait le respect de conditions de travail du lieu d'exécution telles qu'elles sont prévues dans les CCT existantes à ce lieu, sans exiger l'adhésion formelle à la CCT (E. CLERC, *op.cit*, ad art. 5 LMI, ch. 130, p. 1361).

18. Le DAEL justifie la législation genevoise principalement par le fait que les conditions de travail en Suisse seraient très disparates et créeraient dès lors un risque important de dumping salarial. Cet argument ne peut être suivi. Certes, la LMI permet de déroger au principe de libre accès au marché en cas de risque de véritable dumping social. Or il faut admettre, avec la doctrine, que le niveau de protection des travailleurs est sensiblement comparable dans toutes les entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse et qui respectent les législations fédérales (en particulier en matière d'assurances, de retraites, etc.) et cantonales et appliquent les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail et/ou les usages de la branche au lieu de leur siège ou de leur établissement. Il n'existe dès lors pas de réel risque de dumping social de la part de ces entreprises. A noter que même en admettant une équivalence des conditions de travail valables

en Suisse, il est toujours possible pour les cantons de limiter l'accès au marché aux entreprises qui ne respecteraient pas les conditions de travail (à comprendre comme les CCT, CTT ou usages de la branche) applicables dans leurs propres cantons d'origine.

19. Enfin, il ne faut pas confondre la situation à l'intérieur de la Suisse, visée par la LMI, avec celle qui est visée par les accords internationaux, notamment l'accord bilatéral CH-UE sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2004. En effet, il peut être admis au niveau international que des disparités importantes subsistent dans les conditions de travail d'un pays à l'autre et qu'il y a lieu à cet égard de réduire tant que possible le risque de dumping social en imposant aux entreprises étrangères qui détachent du personnel pour effectuer des travaux en Suisse le respect des conditions de travail suisses ou de conditions jugées équivalentes.

20. Pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI, la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance s'impose donc.

21. On fait valoir parfois certaines contradictions entre les principes posés par la LMI et ceux qui découlent de l'accord du GATT/OMC, de l'accord bilatéral Suisse-UE sur la libre circulation des personnes et ses mesures d'accompagnement ainsi que de la Loi fédérale sur les marchés publics.

- L'accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution. L'accord OMC n'empêche en aucun cas les Etats d'adopter une solution plus libérale sur leur marché intérieur.
- L'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et ses mesures d'accompagnement prévoient que les travailleurs détachés en provenance d'entreprises étrangères, doivent être soumis aux mêmes règles que les travailleurs suisses, dans le but de réduire le risque de dumping social.
- La Loi fédérale sur les marchés publics (article 8), et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution.

22. La meilleure solution aux yeux de la Commission de la concurrence, qu'elle a d'ailleurs d'ores et déjà recommandée dans des cas similaires (cf. DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 24-29, p. 335 s.; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 24-28, p. 342 s.; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 40-41, p. 291), est de prévoir que les prescriptions de travail en vigueur au lieu d'exécution sont déterminantes, tout en précisant toutefois que les prescriptions équivalentes sont reconnues, toutes les prescriptions en vigueur

en Suisse étant réputées équivalentes. Cette solution garantit le libre accès au marché, conformément à la LMI, pour toutes les entreprises suisses respectant les conditions de travail en vigueur au lieu de leur siège ou de leur établissement, tout en permettant d'éviter les cas de dumping social qui pourraient survenir au niveau international.

23. Cette solution est également celle qui a finalement été retenue par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) dans le cadre de la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.4), adoptée le 15 mars 2001. Le paragraphe 7 des Directives pour l'exécution de l'AIMP (DEMP) prévoit en effet que, s'agissant de la protection des travailleurs et des conditions de travail, l'adjudicateur doit s'assurer que les soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (§7 al. 1 let. a DEMP). Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes (§7 al. 2 DEMP).

24. La République et Canton de Genève n'a pas encore adhéré à l'AIMP dans sa version révisée du 15 mars 2001. Elle devra modifier sa législation, et en particulier les articles 11 et 28 du Règlement, au plus tard dès qu'elle adoptera l'AIMP révisé, afin de la mettre en conformité avec le paragraphe 7 DEMP. Cette modification est néanmoins d'ores et déjà nécessaire afin de conformer la législation genevoise aux principes découlant de la LMI.

25. La Commission de la concurrence recommande dès lors de modifier les articles 11 et 28 du Règlement en ce sens que le Canton de Genève reconnaît comme valables également, les prescriptions applicables au lieu d'origine des entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, toutes les prescriptions valables en Suisse étant réputées équivalentes.

4. Recommandations

Au vu de ce qui précède et se fondant sur l'article 8 LMI, la Commission de la concurrence recommande à la République et Canton de Genève

1. d'abandonner la clause de réciprocité de l'article 29 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01) en ce quelle concerne les cantons;

2. de modifier les articles 11 et 28 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01) en ce sens que le Canton de Genève

reconnaît comme valables également, les prescriptions applicables au lieu d'origine des entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, toutes les prescriptions valables en Suisse étant réputées équivalentes.
