

Date de dépôt : 21 mars 2017

Rapport

de la Commission de l'économie chargée d'étudier :

- a) PL 11789-A** **Projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi en matière de chômage (LMC) (J 2 20) (Marchés publics)**
- b) PL 11795-A** **Projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'intégration des personnes handicapées (LIPH) (K 1 36) (Marchés publics)**

Rapport de M. André Pfeffer

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission de l'économie a étudié ces 2 projets de lois au cours de 14 séances. La première était le 11 avril 2016 et la dernière le 27 février 2017. M. Thierry Cerutti a présidé les séances et M^{me} Noémie Pauli a rédigé les procès-verbaux.

Présentation du 11 avril 2016 des projets de lois par M. Mauro Poggia, conseiller d'Etat

M. Poggia explique que les PL 11789 et 11795 concernent les marchés publics et l'intégration de critères sociaux dans les critères d'adjudication, l'un pour les personnes inscrites à l'OCE et l'autre pour les personnes handicapées. Le but est de donner « un coup de pouce » à ces catégories de personnes qui ont de la peine à s'insérer dans le monde du travail et d'une économie sélective qui vise à la rentabilisation. Le chômeur est toute personne inscrite à l'office régional de placement (ORP), donc également un chômeur en fin de droits. L'art. 52A du PL 11789 crée une base légale formelle permettant, dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités

internationaux, à l'autorité adjudicatrice de tenir compte, dans le critère d'adjudication relatif au développement durable, de l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi inscrits dans un ORP. Lorsqu'un poste vacant est indiqué à un ORP, l'ensemble des ORP en Suisse en ont connaissance. Ce faisant, le PL 11789 instaure une égalité de traitement. Au cours de la précédente législature, un label « 1+ pour tous » a été créé et octroyé aux entreprises qui engageaient un chômeur de longue durée. Aujourd'hui, environ 180 entreprises sont au bénéfice de ce label. Un autre label « 1+ pour tous – partenaire » a été créé pour les entreprises qui interviennent dans l'engagement de demandeurs d'emploi et l'engagement de jeunes et de personnes handicapées. S'agissant de la mise en œuvre de l'art. 52A, l'entreprise doit démontrer son engagement pour les personnes inscrites aux ORP. Selon l'art. 186 al. 1 Cst-GE, « *L'Etat mène une politique active de l'emploi et prend des mesures de prévention du chômage. Il favorise la réinsertion professionnelle* ». Le PL 11789 entre dans cette philosophie. L'un des moyens de s'intégrer dans notre société est de disposer d'un travail. Les M 2169 et 2248 ont été adoptées le 5 décembre 2014 et invitent le Conseil d'Etat à intégrer et renforcer les critères sociaux dans les critères à prendre en considération dans l'adjudication des marchés publics. La loi fédérale sur les marchés publics prévoit à l'art. 21 que l'engagement de personnes en formation professionnelle peut être retenu comme critère d'adjudication. Certaines législations cantonales (Fribourg, Neuchâtel) prévoient aussi que la formation d'apprentis puisse être retenue comme critère d'adjudication. Ce projet de loi a été soumis en consultation aux départements des finances et de l'économie et présenté au CSME qui l'ont validé.

Le PL 11795 s'inscrit dans un contexte plus global de soutien à la personne handicapée. Le 15 mai 2014, est entrée en vigueur la Convention de l'Organisation des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées qui leur reconnaît le droit au travail et la possibilité d'exercer une activité professionnelle et promeut les possibilités d'emploi et d'avancement sur le marché du travail. La Suisse travaille déjà pour la promotion de l'égalité des personnes handicapées en leur offrant la possibilité d'acquérir une formation. Il existe en effet un tissu associatif important à Genève dans les établissements publics pour l'intégration (EPI). Le but est d'intégrer les personnes handicapées sur le marché du travail. Les entreprises qui peuvent proposer ce type d'activité ne sont pas que subventionnées (une rentabilité est donc possible). Selon l'art. 209 Cst-GE, « *L'Etat favorise l'intégration économique et sociale des personnes handicapées* ». Tout comme il faut aider les demandeurs d'emploi, il faut le faire pour les personnes handicapées.

Audition de M. Alessandro Pelizzari, CGAS

M. Pelizzari salue la volonté du Conseil d'Etat d'œuvrer pour l'intégration des demandeurs d'emploi, d'autant plus que l'instrument proposé prend acte du rôle de l'Etat dans les marchés publics. Il fait quatre remarques, deux sur la forme et deux sur le fond :

1. Le choix a été fait d'introduire un élément de marché public en matière de chômage. Un arrêt du Tribunal fédéral empêche la Ville de Genève d'édicter des salaires plus élevés pour le secteur du nettoyage, en faisant notamment référence à l'absence d'un cadre légal le permettant. Le CGAS partage les conclusions du Tribunal fédéral. Pour légiférer en matière de marché public ou social, il faut modifier le cadre légal. La LMC n'est pas le bon endroit pour le faire, sachant qu'actuellement des discussions se tiennent entre les départements des finances et de la sécurité pour réviser l'ensemble des marchés publics, notamment le règlement. Le but est d'intégrer notamment les éléments en lien avec les marchés publics et les critères sociaux d'adjudication.
2. La séparation faite entre les marchés publics soumis aux accords internationaux et ceux qui ne le sont pas introduit un élément de discrimination qui ne peut pas être suivi par les syndicats. Les acteurs internationaux empêchent l'intégration de critères qui différencieraient les entreprises ou les salariés selon leur lieu de résidence. Ce projet de loi limite ses effets aux demandeurs d'emploi résidents à Genève.
3. Sur le fond, la CGAS ne suit pas l'élément discriminatoire introduit par cette loi. Elle considère que c'est méconnaître la réalité du marché du travail genevois qui a besoin d'une main-d'œuvre immigrée et dans des secteurs clés d'une main-d'œuvre frontalière. Cette main-d'œuvre participe à la prospérité du canton et souffre des mêmes lacunes de protection contre le licenciement que la main-d'œuvre résidente. Il n'y a pas de raison de favoriser les entreprises qui engagent des résidents genevois. Il propose l'amendement suivant à l'art. 52A al. 1 « *Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut tenir compte, dans le critère d'adjudication relatif au développement durable, de l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi inscrits dans un office régional de placement* ».
4. La CGAS partage la volonté du Conseil d'Etat d'utiliser mes marchés publics pour lutter contre le chômage. Toutefois, un autre élément lui semble important dans la politique d'attribution des marchés publics. Aucune réglementation ne limite le recours au travail temporaire. Il n'est pas possible de lutter contre le chômage et de laisser en même temps la

porte ouverte à la précarisation qui se passe aujourd'hui sur les marchés publics, notamment dans le secteur de la construction. Des entreprises soumissionnent à l'Etat à des prix extrêmement bas, car elles travaillent presque exclusivement avec des entreprises temporaires. Aucune limite n'est prévue pour le travail temporaire, ce qui engendre de la précarisation et bloque l'entrée du travail aux chômeurs. Pour être cohérent en matière de lutte contre le chômage, il faut introduire une limite du recours au travail temporaire par une limite à 10% sur les marchés publics.

Audition de M^{me} Stéphanie Ruegsegger et M. Nicolas Rufener, UAPG

M^{me} Ruegsegger explique que l'UAPG partage les objectifs de réinsertion rapide et durable des demandeurs d'emploi que fixe le droit fédéral. Elle fait également sienne la volonté du canton s'élargir la palette des instruments d'action pour mettre en œuvre les objectifs assignés par le droit fédéral, qui sont aussi guidés par le bon sens. Par contre, elle ne partage pas les propositions contenues dans ce projet de loi, plus cosmétiques qu'efficaces. Sur le plan formel, l'UAPG s'interroge tout d'abord sur la pertinence de modifier la LMC, alors que la problématique relève avant tout de la législation sur les marchés publics. Le niveau d'action n'est pas le bon.

L'UAPG n'est pas convaincue par la référence à l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 septembre 2014. Celui-ci confirme que, dans le cas concerné, la référence à un critère social n'a pas lieu d'être dans le cadre d'une adjudication pour un marché public. L'arrêt indique qu'une telle référence peut certes être envisageable s'il existe une base légale, ce qui est le cas avec ce projet de loi. L'UAPG se demande cependant s'il est certain que « *l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi inscrits dans un office régional de placement* » constitue un critère social en tant que tel. Cette remarque permet d'arriver au fond de la proposition. L'UAPG souhaite faire plusieurs remarques à ce sujet. Tout d'abord, elle peine à comprendre ce que signifie exactement le terme « engagement » : est-ce le fait d'annoncer les postes vacants aux ORP, de recevoir des candidats envoyés par les ORP, de finaliser un engagement ? Ensuite, l'effort d'une entreprise dans la lutte contre le chômage ne saurait se limiter à l'interaction de l'entreprise avec les ORP. Une entreprise peut ainsi avoir une pratique d'ouverture à l'égard des primo employés, des personnes de retour sur le marché de l'emploi après une pause, sans que ces personnes ne soient inscrites au chômage. De plus, elle peut aussi contribuer à lutter contre le chômage en ne licenciant pas. On peut se demander pourquoi une entreprise fidèle à l'égard de ses employés ou une autre qui ne licencierait pas en dépit de difficultés économiques seraient pénalisées par rapport à une entreprise au turn over élevé mais qui recourrait aux ORP. Dans

certains secteurs, comme le bâtiment, l'engagement d'employés fixes se fait par le biais de la pérennisation des temporaires, sans donc passer directement par les ORP.

M. Rufener dit que, d'une manière générale, la meilleure contribution qu'une entreprise puisse apporter dans la lutte contre le chômage est la création d'emplois. La création et le maintien d'emplois ne se décrètent pas. Le meilleur moyen d'aider une entreprise à en créer est de lui permettre de se développer. La politique des marchés publics est un moyen qui peut être utile pour les conditions-cadres, mais n'est pas un moyen pour décréter un emploi. Le maintien de conditions-cadres performantes est essentiel et ce projet de loi n'apporte rien qui aille dans ce sens. La difficulté de la question de savoir quelles sont les conditions-cadres qui s'appliquent est récurrente. A Genève, le principe selon lequel les conditions du lieu du chantier s'appliquent a toujours été défendu. Ainsi, une entreprise extérieure doit se conformer aux conditions genevoises, ce qui est la meilleure façon de garantir une égalité de traitement et une saine concurrence. Les entreprises locales peuvent ainsi garder une main-d'œuvre qualifiée. Ce projet de loi pourrait comporter un effet pervers. On sait aujourd'hui que la concurrence que les entreprises genevoises subissent particulièrement sur les marchés publics n'est pas tant le fait que des entreprises d'autres cantons, voire genevoises, ne respectent pas les règles. Vouloir inciter les entreprises à engager des chômeurs comporte le risque de voir des entreprises utiliser ce moyen non pas pour garantir du travail à des gens sans emploi, mais pour pouvoir décrocher des marchés publics. Les conséquences que cela peut avoir ensuite sont connues. La grosse difficulté vient du fait que les marchés publics sont bien trop souvent axés sur le prix au détriment d'autres éléments liés à la qualité ou aux conditions d'exécution. À ce titre, l'UAPG est sensible à l'utilisation de critères en rapport avec le marché adjugé et est dubitative quant à l'utilisation de critères étrangers au marché attribué. La problématique des critères sociaux et de leur mesurabilité se pose. Il existe une exception à laquelle l'UAPG tient beaucoup qui est celle de la formation professionnelle, mais à l'inverse, il s'agit d'une mesure que les entreprises font particulièrement dans la construction pour pouvoir se garantir une relève de main-d'œuvre qualifiée. D'ailleurs, si l'Etat et les autres collectivités publiques cessaient de piquer les employés qualifiés des entreprises, notamment de la construction, peut-être que le renouvellement de main-d'œuvre se ferait sans recours aux entreprises extérieures. Tout cela amène l'UAPG à penser que la mesure proposée n'est sans doute pas de nature à atteindre les objectifs qu'elle poursuit et de nature à complexifier la procédure de passation des marchés publics. Ce n'est sans doute pas une bonne réponse à une problématique que nous partageons tous et qui est celle de

retrouver de l'emploi pour des gens qui sont actuellement au chômage. Ce qui compte est les conditions-cadres et la possibilité pour Genève de maintenir sa prospérité économique, qui est aussi pourvoyeuse d'emploi, via la demande qu'elle génère pour les prestataires de service. À ce titre, une action plus déterminée menée sur ces conditions-cadres serait de nature à améliorer la capacité des entreprises à créer de l'emploi. Si des entreprises recrutent 80 ou 90% de leur main-d'œuvre à l'étranger, c'est parce qu'il est très difficile sur le marché local de trouver les employés et que l'effort de formation professionnelle n'est pas forcément reconnu à sa juste valeur.

Audition de M^{me} Sandrine Salerno, Ville de Genève

M^{me} Salerno explique que ce PL soulève deux thématiques importantes pour la Ville de Genève (VdG) : celle de la lutte en matière d'insertion professionnelle et celle du travail autour des marchés publics. La VdG a essayé de renforcer les critères sociaux dans les marchés publics pour différents secteurs. La législation est ancienne (plus de 20 ans) et amenée à évoluer. La loi donne une prépondérance aux critères économiques, qui devraient aujourd'hui être relativisés par rapport aux critères sociaux et environnementaux. La VdG a voulu donner plus de poids aux critères sociaux, notamment dans le domaine du nettoyage, mais elle a perdu les procédures, faute de base légale suffisante. Un arrêt du Tribunal fédéral explique quelle serait la base légale nécessaire. La VdG est très attentive dans ses appels d'offres avec la Centrale municipale d'achat et d'impression (CMAI), qui concerne principalement les secteurs du service et du bâtiment. Elle est en discussion avec d'autres communes urbaines dans le but de mutualiser leurs compétences et de les aider dans leurs appels d'offres. Le poids maximum des critères environnementaux et sociaux se situe aux alentours de 15 à 20%. Il est difficile pour une collectivité publique de tenir un discours sur l'importance de donner du travail aux personnes locales et, en même temps, d'être contrainte légalement à passer par les marchés publics et prendre potentiellement une main-d'œuvre provenant de l'extérieur (exemple : le chantier du CEVA). S'agissant des critères environnementaux, la VdG est aussi attentive aux processus de fabrication, de gestion des déchets et de consommation d'énergie. Concernant les critères sociaux, elle est attentive à la lutte contre le travail au noir, aux conditions salariales, au respect des CCT et des conditions de travail et à la formation professionnelle. La VdG est la première collectivité publique à avoir concrétisé le principe fédéral de la responsabilité solidaire. Ce point est important, car il permet de maîtriser tout ce qui concerne la sous-traitance (CCT, rémunération, travail au noir, etc.). Elle comprend la volonté politique exprimée par ce PL. Toutefois, le texte est trop léger, car il est potestatif

(« l'autorité adjudicatrice *peut* »). Le critère de l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi inscrits dans un ORP n'est pas pondéré. Par ailleurs, la lutte en matière de chômage ne consiste pas uniquement à engager des chômeurs, mais aussi à, par exemple, favoriser le retour en emploi de certaines catégories de personnes (les femmes et les jeunes) ou maintenir constant le taux de collaborateurs ou collaboratrices dans l'entreprise. Certaines entreprises essayent aussi de pérenniser leurs collaborateurs et d'employer moins de temporaires. Ces efforts évitent la précarisation des travailleurs. Ce PL, même s'il est potestatif sur des critères qui sont difficiles à pondérer, ne pèserait pas lourd dans l'appel d'offres. L'essentiel du tissu économique en VdG est avant tout constitué de petites entreprises. Pour conclure, elle comprend la volonté politique et peut s'y rallier. Elle n'est pas persuadée que ce PL changera la donne et que la pondération du critère proposé sera décisive dans l'attribution d'un marché public. Ce critère sera compliqué à mettre en œuvre pour les collectivités publiques et aussi en termes de pondération. De plus, il risque potentiellement d'avantager une entreprise qui a une grande RH plutôt qu'une petite entreprise qui fournit beaucoup d'efforts au niveau de l'insertion et maintient stable son taux d'emploi, ce qui est dommage. En même temps, la marge de manœuvre qu'a actuellement la collectivité publique sur les critères sociaux est tellement fine qu'il n'est pas non plus possible de faire une révolution à travers ce PL. Il faudrait modifier le règlement sur la passation des marchés publics (RMP) plutôt que la LMC.

Audition de MM. Jérôme Laederach et Pierre Coucourde et M^{me} Marina Vaucher ; AGOEER + INSOS

M. Laederach explique que l'association genevoise des organismes d'éducation, d'enseignement et de réinsertion (AGOEER) et l'association cantonale des institutions pour personnes avec handicap (INSOS Genève) sont deux faïtières qui travaillent dans un rapprochement sur des thématiques communales.

M^{me} Vaucher explique que l'AGOEER et INSOS Genève sont deux associations faïtières d'employeurs. La mission de l'AGOEER est de représenter les intérêts des organisations actives dans l'éducation spécialisée, l'enseignement spécialisé et la réinsertion. La mission d'INSOS Genève est de représenter les établissements pour personnes handicapées (EPH). La majorité des institutions de l'AGOEER sont rattachées au DIP. INSOS Genève est rattachée au DEAS. L'AGOEER comprend 14 institutions qui peuvent être divisées en trois blocs : l'enseignement spécialisé (p.ex. L'ARC, La Voie Lactée), l'éducation spécialisée (p.ex. AGEPE, Astural) et l'handicap (p.ex.

Fondation Clair Bois, Fondation Ensemble, Fondation SGIPA, Fondation Aigues-Vertes). INSOS Genève comprend 21 institutions, dont certaines font partie également d'AGOEER (Fondation Clair Bois, Fondation Ensemble, Fondation SGIPA et Fondation Aigues-Vertes). Les autres sont les associations sociales (p.ex. Pro et Trajets) qui s'occupent de la réinsertion de personnes en handicap ou de la réinsertion de chômeurs en fin de droits (p.ex. Réalise). En termes d'équivalents plein temps, cela représente environ 1500 emplois pour l'AGOEER et 3000 pour INSOS Genève. Ce sont deux associations d'employeurs. Si l'on subdivise les activités du collectif, une partie est bénéficiaire (les institutions qui travaillent pour les personnes handicapées ou les jeunes en rupture) et une partie est composée de grands employeurs de professionnels dans des domaines très divers (professionnels de la santé, psychologues, éducateurs, restauration, etc.). Certains employeurs travaillent avec des personnes en situation de handicap et leur permettent d'avoir une activité lucrative.

M. Laederach explique que la problématique des marchés publics les intéresse, car les établissements pour personnes handicapées sont soumis au droit du marché public. En lien avec le service d'audit interne du département des finances, ils ont pu échanger sur la complexité du droit de l'application des marchés publics et les éventuelles contraintes. Les deux faïtières ont sollicité un avis de droit pour connaître le périmètre des marchés publics et pouvoir trouver une plus grande efficacité dans le respect des droits et des contraintes de chacun. Il s'agit de la partie de l'institution ou de l'association soumise au marché public, mais aussi de la partie de l'employeur qui peut s'inscrire dans les marchés publics parce qu'il offre des prestations fournies par des personnes en situation de handicap et que ces prestations peuvent faire l'objet d'appel auprès des marchés publics. Ils ont pu voir avec certains confrères quelles sont parfois les difficultés de s'inscrire dans les marchés publics lorsque l'on est prestataire. Le DEAS les avait consultés par rapport à ce PL en octobre 2015 et ils avaient indiqué qu'ils étaient clairement favorables à inscrire un tel élément dans la LIPH. Ils félicitent le Grand Conseil pour aller dans le sens de cette initiative, mais souhaitent ajouter quelques éléments qui pourraient les amener à élargir le champ de leurs réflexions. Ils pourraient les encourager sinon à rendre obligatoire, du moins offrir la possibilité pour les pouvoirs d'adjudication publique d'attribuer directement les marchés à des institutions pour handicapés. La lecture faite par l'avis de droit sur l'AIMP stipulerait que celui-ci n'est pas applicable à des marchés conclus avec des institutions pour handicapés, ce qui permettrait d'élargir la possibilité pour l'autorité adjudicatrice d'attribuer directement ces marchés à des institutions pour handicapés. L'autre élément qu'ils veulent mettre en avant est que, lors de la

consultation du DEAS, ils ont souhaité s'assurer que la terminologie ne réduise pas le champ ciblé des formes de coopération possibles. En d'autres termes, qu'entend-nous par handicap ? INSOS Genève et l'AGOEER seraient favorables que l'intitulé « *personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative* » englobe autant l'engagement direct de personnes handicapées dans l'entreprise, mais également les mandats de production donnés à des emplois adaptés, voire des formules mixtes, ou encore d'éventuelles coentreprises créées entre une entreprise commerciale et une entreprise sociale. En outre et par extension, ils estiment que les structures qui font de l'intégration sociale pour les personnes qui ne sont pas définies comme handicapées ne devraient pas être exclues de ce périmètre de réflexion. Au-delà d'inscrire au sein de la LIPH cette dimension de marché public, à laquelle ils sont favorables, le Grand Conseil pourrait ouvrir sa réflexion afin de pouvoir étendre ce droit en considérant aussi la thématique du handicap au sens beaucoup plus large, ce qui permettrait de faciliter certains prestataires à s'inscrire au niveau d'une concurrence parfois plus saine. Ils entendent des confrères qui leur disent à quel point il peut devenir parfois difficile de s'inscrire dans des marchés publics quand ceux-ci sont ouverts à des possibles prestataires qui n'appliquent pas forcément ou n'ont pas forcément les mêmes contraintes que celles pour les établissements pour personnes handicapées, notamment au travers du cadre légiféré ou conventionné relatif au salaire du collaborateur, qui fait que les prestations ont un certain coût et pourraient ne pas être concurrentielles par rapport à d'autres candidats.

M. Coucourde informe que l'AGOEER a la même position que M. Laederach. AGOEER est active sur le champ de la formation professionnelle pour les jeunes qui arrivent avec des difficultés (handicap ou difficulté d'intégration sociale). Si on s'en tient à la définition stricte donnée dans le texte et qui concerne strictement les personnes en situation de handicap qui peuvent exercer une activité lucrative, on passe sans doute à côté de certains jeunes qui connaissent des difficultés ponctuelles et qui peuvent tout à fait, moyennant un soutien, avoir l'opportunité de se développer. La question de l'accès à l'emploi est un axe central de la Convention internationale des droits de la personne handicapée, qui a été ratifiée par la Suisse en 2014. Il est important que l'on retrouve à tous les niveaux du droit des soutiens, notamment à l'activité professionnelle, qui est un levier fondamental de l'insertion sociale. Cette opportunité qui leur est donnée aujourd'hui peut être effectivement élargie à d'autres considérations. Leur secteur d'activités n'est pas anodin du point de vue économique. Ils sont un groupe d'entreprises à caractère social qui cherche à développer de l'emploi avec un niveau de qualité et de professionnalisme excellent. Ces entreprises sont aussi dans un contexte

économique difficile qui est celui de Genève. De leur point de vue, un projet comme celui qui est proposé est probablement un levier de soutien plus général à l'activité de toutes les institutions.

Un commissaire UDC demande pourquoi certains organismes sont défendus par les deux associations que sont INSOS Genève et l'AGOEER.

M. Coucourde répond que c'est vraisemblablement pour des raisons historiques. L'AGOEER a été fondée il y a plus de 50 ans et concerne plutôt le champ de l'éducation spécialisée. INOS Genève est une organisation beaucoup plus récente et qui se centre vraiment sur la question du handicap. Les institutions qu'ils représentent travaillent sur les deux champs, c'est-à-dire autant avec des enfants en situation de handicap pour lesquels il faut développer de l'enseignement et de l'éducation spécialisés, qu'avec des adultes en situation de handicap. Historiquement, INSOS Genève s'occupe plus des institutions pour personnes handicapées et l'AGOEER de l'éducation et de l'enseignement spécialisés, mais il se trouve que les institutions sont à cheval entre les deux. La question est excellente puisque c'est aussi l'une des limites de leur fonctionnement. Il se permet de dire que découper une personne en situation de handicap entre avant et après 18 ans avec, par exemple deux départements de tutelle, est une vraie difficulté qu'ils ont dans leurs institutions. Des jeunes passent d'un dispositif DIP à un dispositif DEAS avec des changements de financement et de prestations, avec des difficultés objectives à comprendre comment fonctionne le système. On aurait probablement avantage à penser au système de façon plus continue plutôt que de le découper.

M. Laederach répond qu'il faudrait informer du large champ de prestations qu'ils peuvent offrir. Si on prend l'ensemble des organismes INSOS et AGOEER, on trouve des prestations de nettoyage, d'imprimerie, de blanchisserie, de menuiserie, de traiteur/restauration, etc. L'objectif de l'ensemble de ces organismes est de travailler au plus proche des droits de la personne en situation de handicap. Il insiste sur la notion de personne en situation de handicap pour bien leur faire comprendre que la société contribue au handicap et que donc cette société a aussi une logique d'adaptation pour faciliter l'insertion, la réinsertion et l'inclusion de la personne atteinte. Ils ne peuvent qu'encourager les commissaires à faire appel à ces services.

Un commissaire PLR explique que la manière dont sont organisés dans l'ensemble des associations les « pans » de handicap est peu claire et demande plus d'explications. Il a cru comprendre que les jeunes en rupture étaient gérés dans le même cercle de bénéficiaires. Il demande à partir de quand les personnes rentrent dans leur champ d'activités et sortent de l'aide sociale classique. Il demande ensuite quel est l'état des lieux actuels au niveau de

l'insertion dans les entreprises genevoises. La Commission de l'économie est allée visiter Caran d'Ache, qui fonctionne avec certaines personnes en situation de handicap. Il demande par rapport à l'attribution de marchés directement à des entreprises qui font quelque part le même travail que des entreprises classiques comment sont gérés les problèmes de concurrence.

M. Laederach répond que le spectre peut être vu sous différents angles : mineur/majeur (c'est-à-dire de la petite enfance à la fin de vie) ou sur la typologie du handicap (rupture, trouble d'apprentissage, cadre psychique ou mental comme déficience intellectuelle, handicap physique, sensoriel ou mental, polyhandicap). La plupart des organismes membres sont dans certaines spécificités. L'humain est complexe ; des chevauchements peuvent exister. Il est aussi possible de voir l'approche qui peut être en lien avec la typologie (éducation précoce spécialisée, enseignement, approche socio-éducative, d'insertion ou de réinsertion). L'ensemble des organismes membres regroupent des petites structures (p.ex. L'ARC, La Voie Lactée) ou des structures beaucoup plus importantes (p.ex. EPI, Fondation Clair Bois). Le champ de possibilités au sein des deux faïtières est large et englobe tout ce qui concerne le grand domaine du handicap.

M. Coucourde distribue un prospectus d'information sur l'AGOEER. Il explique que, pour ce qui concerne les jeunes en rupture, trois institutions membres de l'AGOEER sont des grands acteurs cantonaux dans ce domaine (Fondation Officielle de la Jeunesse, Astural, AGAPÉ). Certains jeunes sont en rupture et posent des problèmes du point de vue de l'insertion dans un tissu scolaire ou social. Des structures de foyers y répondent. Cela s'articule en parfaite collaboration avec les services sociaux publics. Des institutions sont à la fois en lien avec le niveau fédéral, notamment sur des questions liées à des problèmes de respect de la loi, et avec les autorités cantonales de tutelle et de curatelle et le DIP. Les institutions membres de l'AGOEER et de l'INSOS sont des partenaires de l'Etat qui vont sur délégation prendre en charge un certain nombre de situations difficiles. Leurs institutions membres vont travailler aussi avec des réseaux de l'insertion qui sont plutôt du côté de l'ISIS (p.ex. ORIF Vernier qui a pour mandat de faire de la formation professionnelle de jeunes en situation de difficultés sociales). Des liens se font entre le logement et l'accompagnement social et les acteurs qui se destinent plus à la formation professionnelle.

Le domaine de l'insertion professionnelle est délicat. Il a été confronté à la question de l'insertion professionnelle et de sa place et à la question de la concurrence. En ce qui concerne l'insertion professionnelle, la Suisse en générale et Genève en particulier sont un bon exemple d'ouverture de l'entreprise privée à but commercial sur des enjeux de l'insertion

professionnelle. Par contre, il ne faut entrer dans une logique de quota. Ce n'est pas le modèle suisse, qui est un modèle de la concertation et du dialogue où on doit essayer, avec un champ professionnel qui va des services de l'Etat jusqu'aux institutions privées subventionnées, comme celles qu'ils représentent, et aux entreprises privées, de faire en sorte que toutes les personnes qui peuvent travailler et ont les capacités professionnelles puissent trouver du travail. Migros, Coop, la grande distribution de façon générale et certaines entreprises industrielles jouent le jeu soit d'employer des personnes en situation de handicap soit de faire appel à des institutions comme PRO, Trajets ou Réalise, pour les aider à employer des personnes en situation de handicap au sein d'ateliers. Cette forme est très intéressante, à la fois pour AGOER et INSOS et pour les entreprises. Ces dernières ne portent pas toutes seules la responsabilité et la complexité d'employer des personnes en situation de handicap et portent quand même l'envie de faire en sorte que ces personnes soient insérées au niveau professionnel, ce qui est très positif. Dans une logique de marché public, l'idée de comprendre le critère relatif à l'emploi de demandeurs d'emplois et de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative est aussi de soutenir les entreprises privées qui comprennent cela et ont en leur sein des ateliers intégrés ou des projets d'insertion professionnelle pour des personnes en situation de handicap.

S'agissant de la concurrence déloyale, cette question est vraiment légitime ; c'est-à-dire qu'une entreprise qui se bat tous les jours pour un marché n'a pas forcément envie ou ne trouve pas forcément juste que les entreprises qui se trouvent dans le champ social puissent être favorisées. Il faut voir de quoi on parle. Les marchés publics pour les entreprises de services, qui sont majoritairement les activités dont on parle aujourd'hui, représentent 250 000 F de mandat fixé sur 4 ans s'il est régulier, ce qui est déjà beaucoup. À l'échelle de leurs institutions, c'est très important. Généralement, il s'agit de quelque chose auquel peu d'institutions pourraient répondre et vraisemblablement plutôt sous la forme de consortium ou d'une collaboration (mandat de menuiserie ou de livraison de repas pour les cuisines scolaires). Cela veut dire que la part du marché qui est concernée est, de leur point de vue, relativement restreinte avec un but qui est tellement important et louable que cela vaut le coup ; aussi parce que cela montre symboliquement une société qui est plus solidaire, qui intègre les personnes les plus fragiles et leur donne une place, sans pour autant perturber le marché de façon plus fondamentale.

M. Laederach ajoute que c'est par ce biais-là que l'on va favoriser ou contribuer aussi à ce que l'employeur engage des personnes en situation de handicap, quand bien même la rentabilité de celles-ci n'est pas la même que celle d'une personne dite ordinaire. Cela peut contribuer aussi à développer à

terme ce type d'insertion ou d'institution. Le problème du quota est que si on ne l'atteint pas, on est pénalisé. Beaucoup d'entreprises préfèrent être pénalisées que satisfaire au quota, notamment en France. L'autre problème que le quota stigmatise la personne en situation de handicap, qui se considère dès lors comme non pas engagée en tant que personne qui a des capacités, mais engagée par l'obligation d'un employeur à atteindre un certain quota. La dynamique que veut aujourd'hui l'AGOEER et INSOS serait totalement cassée. Il faut donc non pas stigmatiser la notion de handicap ou de prestataire handicap (institution), mais l'inscrire et la laisse se développer. Leurs deux faïtières s'efforcent de mettre en avant la dimension entrepreneuriale et responsable des institutions, mais il alors pouvoir la développer ensemble sur de tels paramètres qui s'inscrivent dans le cadre légal existant. Pour cela, l'AGOEER et INSOS ont sollicité Maître Bertrand Reich pour rendre un avis de droit par rapport aux AIMP.

Une commissaire EAG entend leur préoccupation d'élargir le champ de ce PL. Elle demande ce qui les empêche aujourd'hui déjà de soumissionner pour un certain nombre de marchés. Finalement, ce PL est relativement peu contraignant en matière de prise en compte de l'emploi de personnes en situation de handicap. C'est plus clair dans l'exposé des motifs où il est dit « *tenant compte de l'engagement en faveur de* », ce qui reprend la formulation plus précise qui figure dans le PL symétrique pour les chômeurs inscrits dans des ORP. Finalement, il s'agit simplement d'entendre des personnes qui présentent ces caractéristiques, mais pas forcément de les employer ou de les voir remporter le marché pour ce critère-là. C'est quelque chose qui se veut incitatif, mais qui ne donne pas réellement les moyens de rentrer plus concrètement dans une forme d'incitation à accorder des marchés à des entreprises qui s'engagent en ce sens, que ce soit d'engager des personnes en situation de handicap ou d'être elles-mêmes des institutions qui sont déjà dans l'emploi de personnes dans ce type de situation. Elle demande leur point de vue sur ce qu'il faudrait pour renforcer ce PL, de sorte qu'il réponde réellement aux attentes qui sont les leurs.

M. Laederach répond que rien dans la législation n'empêcherait une obligation pour les pouvoirs adjudicateurs publics d'attribuer directement les marchés à des institutions pour handicapés ; le périmètre légal ne s'oppose pas à cela. Après, en fonction de la nature des débats du Grand Conseil, ce qui est important est de ne pas sous-estimer l'impact d'inscrire cet aspect au sein de la LIPH. On pourrait y voir un complément.

M. Coucourde ajoute qu'il est évident que n'importe quelle institution membre de leur faïtière peut soumissionner aujourd'hui n'importe quel marché ou offre publique qui lui serait soumise. L'idée est de favoriser la mise en place

de critères d'adjudication en lien avec l'emploi de personnes en situation de handicap ; il s'agit finalement de favoriser les institutions qui emploient des personnes en situation de handicap et leur donner une impulsion de type promotion. Aujourd'hui, le cadre légal n'empêche absolument pas les institutions de soumissionner, mais beaucoup de critères peuvent être juxtaposés et celui-là n'existe aujourd'hui pas. Le texte actuel catégorise un fondement de base (personnes handicapées, institutions philanthropiques, prisons), mais qui n'est pas suffisamment précis.

Une commissaire EAG explique qu'elle trouve le texte du PL relativement peu contraignant. Elle entend qu'il est déjà possible aujourd'hui de soumissionner, ce qui ne veut pas dire qu'il y ait une incitation à entrer dans ce genre de rapport contractuel. Le texte dit « l'autorité adjudicatrice peut tenir compte ». Elle demande, si l'on disait qu'il « doit » en tenir compte, si cela serait plus de nature à répondre à leurs préoccupations ou s'il faudrait être plus complet dans la définition de ce qui doit être tenu ou pris en compte.

M. Coucourde répond qu'une vraie question philosophique se pose autour du « doit » ou du « peut ». Beaucoup d'institutions sont favorables au « peut », car la logique de l'insertion professionnelle des personnes en situation de handicap ne peut pas être forcée. Ce n'est pas quelque chose qui se décrète, mais quelque chose qui se favorise. Le « peut » est une bonne formulation. C'est plutôt dans la question de la définition des personnes handicapées qu'il faut être moins restrictif. Quelqu'un qui ne perçoit pas une rente AI n'est pas formellement handicapée.

Un commissaire PLR demande quel est le suivi de la personne et de son évolution dans les prestations au niveau des ateliers intégrés. A l'extension du critère de la coopération avec des privés, il demande comment l'AGOEEP et INSOS peuvent justifier de manière solide que telle entreprise collabore avec eux. Il demande si finalement ce système ne peut pas simplement être mis dans l'annonce de sous-traitants. Finalement, il remarque que le critère principal retenu par l'autorité adjudicatrice est le prix. Il demande quel est le taux de prise en compte du critère de l'emploi de personnes en situation de handicap qu'aimeraient l'AGOEEP et l'INSOS.

M. Laederach répond que le suivi peut être extrêmement divers, en fonction du type de handicap et de partenariat. Il est possible d'avoir des entreprises dont la mission première est de travailler avec des personnes en situation de handicap et des entreprises qui ont des employés en situation de handicap qui sont suivis par des professionnels spécialisés. L'association « Actifs » propose d'accompagner des personnes en situation de handicap et d'offrir à l'employeur des prestations d'accompagnement et de conseils. À l'inverse, des personnes peuvent être complètement intégrées et employées dans le service

privé qui a à l'intérieur des organisations qui permettent d'accompagner elles-mêmes des employés qui présentent des difficultés. La diversité d'accompagnement possible est très grande.

Sur la question de comment une entreprise peut justifier qu'elle emploie une personne en situation de handicap, M. Coucourde répond qu'en tant que professionnel, il peut dire avec qui il travaille. L'objectivisation du fait qu'une entreprise emploie des personnes en situation de handicap est quelque chose de favorable et facile à mettre en place. Le problème qui peut se poser est la place que cela prend. Dans leur esprit, l'idée est de favoriser les organisations qui ont une collaboration de long terme.

Quel taux de prise en compte du critère de l'emploi de personnes handicapées aimeraient-ils ? La concurrence est féroce et les entreprises se battent beaucoup sur le prix, ou en tout cas sur un rapport de prestation qui soit le plus favorable possible. Les critères sociaux sont un peu à la marge. Ce n'est pas le taux qui les intéresse, mais le symbole, car il est le reflet d'une Convention internationale qu'a signée la Suisse et qui veut que l'on donne une place professionnelle à des personnes en situation de handicap. Il est donc logique de le voir dans des aspects aussi concrets que les marchés et l'achat de prestation de la part d'un acteur.

Un commissaire Ve demande à partir de quelle taille une entreprise peut, selon leur expérience, accompagner convenablement une personne en situation de handicap.

M. Coucourde répond que la taille de l'entreprise n'a pas d'importance. Des entrepreneurs peuvent être au nombre de 3 dans une menuiserie et faire un excellent travail avec un jeune, de même que de grandes entreprises comme Coop ou Migros. Il faut que cela ait un sens économique pour l'entreprise. Ce qui marche bien est ce qui amène du sens pour l'entreprise, quel que soit sa taille, sa vocation ou son métier. Le menuisier qui emploie une personne en difficulté aimera peut-être sa ponctualité, sa précision, son caractère dévoué ou minutieux. A l'inverse, ces caractéristiques ne seront peut-être pas du tout favorables pour d'autres métiers dans une entreprise de même taille. Ce n'est pas vraiment pas mécanisable. Le point de départ et ce qui est le plus important c'est de favoriser la rencontre et le fait que cela puisse se faire. Le texte du PL donne l'opportunité à des personnes en situation de handicap de rencontrer le secteur professionnel ou de s'y développer.

M. Laederach ajoute qu'il y a aussi la partie de la temporalité. Pour exemple, la fondation Ensemble a été retenue par la Coop pour un partenariat dans le domaine de l'intégration de la personne handicapée ciblée dans la déficience intellectuelle moyenne à profonde. Cela fonctionne parce que cette

démarche s'inscrit dans le temps. Au fil du temps, l'éducateur professionnel passe au second plan et c'est le boucher-traiteur de

Coop qui devient le tuteur de la personne handicapée, dont on ne voit en fin de compte plus que ses potentialités avant de voir ses difficultés. L'AGOEER et INSOS Genève ne sont pas là pour exagérer la dimension d'intégration et d'inclusion. Ils ne défendent pas l'inclusion à tout prix. Par contre, les actions qu'ils soutiennent aident l'intégration de ces personnes.

Il demande si l'incitation ne serait pas plus pertinente pour les marchés de gré à gré que pour les marchés publics, c'est-à-dire qu'ils soient sollicités pour des montants plus bas.

M. Coucourde répond qu'ils sont déjà assez régulièrement sollicités pour les marchés de gré à gré, en fonction des caractéristiques des différentes institutions qui composent leurs deux faïtières. Un marché de 250 000 F par an ou sur 4 ans, s'il est régulier, est complexe et structuré. De ce point de vue là, il oblige aussi les institutions pour personnes en handicap à se structurer pour affronter cette réalité. Eux-mêmes, en tant qu'acheteur de prestations, doivent se conformer à ce type de règles, mais en tant qu'acteurs sur un marché économique, ils doivent aussi s'adapter à ce type de choses là. Ils ont des potentialités énormes sur tout un champ d'activités qui se retrouvent aussi en termes d'économie globale du canton. Les institutions sont très morcelées et s'occupent d'activités très distinctes, ce qui donne des fois des structures petites et qui collaborent très peu entre elles. Il est aussi possible d'imaginer des collaborations entre des institutions qui s'occupent de personnes en situation de handicap et qui seront capables de faire ensemble un certain nombre de choses qu'elles ne peuvent pas faire seules. La vertu globale est que cela oblige aussi les institutions comme les leurs à beaucoup mieux travailler ensemble, être plus en synergie et être plus efficaces ; cela va dans l'intérêt de l'économie du canton. Le contexte économique n'est pas simple. Des réductions linéaires de subvention sont arrivées année après année de façon régulière, ce qui les incite à repenser le dispositif et la façon dont ils s'exposent au marché. De son point de vue, c'est une belle opportunité.

M. Laederach ajoute que les faïtières sont très favorables à cette dynamique de collaboration.

Il demande comment cela fonctionne pour les collaborateurs en terme salarial.

M. Coucourde répond que les règles sont variables d'une institution à l'autre, mais que les principes généraux sont en principe les mêmes pour tous. Un principe est que la plupart des personnes adultes bénéficient d'une rente d'invalidité, c'est-à-dire qu'elles perçoivent une prestation financière de l'AI,

et ont une capacité résiduelle de gains. Ce sont des personnes qui ont la capacité à la fois physique et financière de gagner encore quelque chose. Elles sont salariées dans les institutions membres de l'AGOEER et INSOS, en proportion de leur capacité de travail. Ces calculs sont faits de façon différenciée. Certaines institutions utilisent les systèmes de grille de l'OFAS, d'autres ont développé leur propre grille en se basant par exemple sur une CCT.

Il demande ce que représente en termes monétaires la rente AI.

M. Coucourde dit qu'il est difficile de répondre, car cela dépend à la fois de l'atteinte et de la capacité de travail. Les situations sont évaluées individuellement.

Il aurait apprécié avoir une fourchette.

M. Coucourde explique qu'une personne peut gagner jusqu'à 20 à 23 F de l'heure et bénéficier d'une prestation de rente relativement limitée. A l'inverse, des personnes ont des revenus liés à leur activité professionnelle qui seront de quelques centaines de francs par mois et toucheront une rente entière. Le revenu total est difficile à donner (rente AI + revenu complémentaire).

Il demande si les conditions de revenus des personnes qui n'habitent pas chez eux et ont leur propre logement leur permettent de vivre correctement.

M. Coucourde ne peut pas répondre pour l'intégralité des institutions qui composent leurs faïtières. Globalement, le revenu de ces personnes leur permet d'avoir un logement décent. La réponse est difficile à apporter compte tenu de la diversité des personnes prises en charge. Certaines sont à la limite du sans-abri lorsqu'elles arrivent dans leurs institutions et elles doivent alors être accompagnées pour trouver un logement-foyer, puis un logement collectif et ensuite individuel. Le but est d'arriver à cela, mais il y a de nombreuses personnes pour lesquelles la situation de handicap l'empêche.

Une commissaire MCG demande si le nombre d'heures de travail dépend du handicap de la personne.

M. Coucourde répond positivement. Tout le jeu pour les entreprises qui travaillent dans le domaine de l'insertion sociale est d'augmenter progressivement le temps de travail et de le ritualiser.

Elle demande s'il est possible d'utiliser les ARE.

M. Coucourde répond que les personnes en situation de handicap ne se trouveront pas dans ce type de dispositif.

Audition de M^{mes} Pascale Vuillod et Sandra Bozon, OBA

M^{me} Vuillod explique que l'OBA organise des appels d'offres, essentiellement dans le domaine de la construction. L'autorité adjudicatrice a une très grande liberté dans le choix des critères d'adjudication qu'elle peut utiliser. Elle peut utiliser les critères qui sont en relation avec son marché. Le but est de choisir l'offre la plus économique avantageuse. Elle précise que ce n'est pas l'offre la moins chère, mais celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Il existe des restrictions qui sont liées aux principes qui régissent les marchés publics. Par exemple, il ne faut pas faire abstraction du prix. Selon la jurisprudence, la pondération du critère du prix doit être au minimum de 20%. Il faut utiliser d'autres critères qui doivent être objectifs et vérifiables. Il n'est pas possible d'utiliser des critères discriminatoires. Le droit des marchés publics vise l'ouverture des marchés. Exiger par exemple que le soumissionnaire soit domicilié à Genève est discriminatoire. Il n'est pas non plus possible d'utiliser des critères qui sont étrangers à l'offre, c'est-à-dire qui ne sont pas en lien avec la qualité de la prestation offerte. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré que le critère salarial est étranger à l'offre, car ce n'est pas parce que les salariés sont mieux payés qu'ils travaillent bien. Le critère de la formation professionnelle est étranger à l'offre mais a été admis pour autant que sa pondération soit petite (maximum 5%). En résumé, pour utiliser un critère étranger à l'offre, il faut que deux conditions soient remplies : il faut que la pondération soit faible et qu'il y ait une base légale qui utilise l'autorité adjudicatrice à utiliser un tel critère. Le but du PL 11789 est de permettre à l'autorité adjudicatrice de tenir compte de l'engagement des soumissionnaires en faveur des demandeurs d'emploi inscrits dans un office régional de placement (ORP) dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux.

M^{me} Bozon est responsable du service achat et organise les appels d'offres. Elle explique que le premier critère utilisé pour l'appel d'offres est le prix dont il sera en général tenu compte pour un maximum de 50%. Le deuxième critère est l'organisation et la qualité technique de l'offre. Il englobe la qualification du personnel, le nombre de personnes sur le chantier, le cahier des charges et la déclaration du sous-traitant. Il existe aussi une autre annexe selon la spécificité du marché qui demande aux entreprises que le mode d'exécution du marché soit conforme aux contrats environnementaux. Cela inclut sur les chantiers la remise d'un THS (plan d'hygiène et de sécurité) qui décrit toutes les manières de sécuriser un chantier. Le troisième critère est les références des fournisseurs. Il faut que ces références soient en lien avec le projet, inférieures à 10 ans et d'un montant équivalent au cahier des charges. Le dernier critère est la formation du personnel. L'OBA privilégie les entreprises qui ont

beaucoup d'apprentis. Ceci vaut pour la construction et la rénovation des chantiers. S'agissant des appels d'offres dans le domaine du nettoyage, il s'agit plus d'une prestation de services et de fournitures. Il existe 3 annexes qui correspondent à l'environnement. La première est la certification 14001. On parle de « management environnement ». Il s'agit de bien utiliser les fournitures et les produits d'entretien. La seconde annexe concerne le système de management et de gestion des risques sur l'environnement (hygiène, sécurité, environnement, habits de travail, etc.). La dernière annexe concerne le mode d'exécution du marché. En général, l'autorité adjudicatrice pose des critères spécifiques par rapport au chantier.

Audition de M. François Bellanger, avocat et professeur UNIGE

M. Poggia précise le contexte de cette audition. La question est de savoir comment l'adjudication des marchés publics se passe en pratique et si d'autres critères sont ajoutés, comme l'engagement en faveur de l'emploi ou des personnes handicapées. Le but est de savoir comment, de manière générale, les différents critères s'accumulent et quelle est la marge de manœuvre que le Tribunal fédéral laisse à l'autorité adjudicatrice.

M. Bellanger séparera son intervention en trois points. Dans le premier, il rappellera le cadre légal dans lequel se situent de tels critères. Dans le second, il s'exprima sur la comptabilité des critères. Enfin, il abordera dans le troisième point la question qui est celle de la pondération des critères dans la mesure où ils sont utilisés. Sur le point de départ, qui est l'admissibilité de ces critères, les deux projets de lois se réfèrent à l'ATF 140 I 285, qui concerne le marché du nettoyage de la Ville de Genève. Un certain nombre de principes ressortent de l'arrêt par rapport au critère de la participation et de l'attribution du marché. Le premier est que la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur peut varier selon si les critères ont une incidence sur le marché ou sont étrangers au marché. Si les critères se rapportent à la prestation à fournir (par exemple le prix, le service après-vente ou la qualité), le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre très importante dans la détermination des critères, sous réserve de la pondération du prix et du respect de l'égalité de traitement entre concurrents. Si, en revanche, le critère est étranger au marché (par exemple un critère environnemental ou social), la marge de manœuvre est moins grande et il faut impérativement une base légale qui autorise l'autorité adjudicatrice à le prendre en compte. Dans l'ATF 140 I 285, la Ville de Genève n'a pas réussi à démontrer que l'entreprise à qui a été attribué le marché fournissait une prestation de meilleure qualité liée au salaire plus élevé des employés. Ce critère pouvait être admissible, mais il fallait une base légale. Il ressort de cadre posé par le Tribunal fédéral qu'il est possible d'avoir dans un marché public

des critères dits étrangers au but du marché (des critères sociaux dans le cas espèce), mais pour autant qu'il y ait une base légale spécifique. Il lierait les deux critères énoncés dans les projets de loi à des critères sociaux plutôt qu'en lien avec le développement durable. Cependant, cette qualification ne change rien à l'appréciation des critères. Dans les deux cas, ils sont étrangers au marché et nécessitent une base légale spéciale, ce que ces projets de loi constituent. Les deux projets de loi limitent la portée de ces critères aux marchés non soumis aux traités internationaux, qui sont les marchés de moindre importance. En effet, les marchés de services et de fournitures sont des marchés de moins de 350 000 F et ceux de la construction de moins de 1 700 000 F, qui est la valeur totale de l'ouvrage et non pas la valeur du lot concerné d'un secteur de métier déterminé. Ces marchés sont donc plus restreints. Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de tels critères seraient admissibles, pour autant que le législateur vote la base légale. Il passe maintenant au troisième point de son exposé, qui concerne la pondération des critères et leur utilisation, soit d'un de ces critères seul avec une certaine importance, soit d'une combinaison de ces critères avec celui existant de la formation des apprentis. Dans ce domaine, le terrain n'est pas encore parfaitement délimité. La doctrine est partagée. Un auteur affirme qu'il ne faut pas délimiter ces critères sociaux. Un autre auteur est plutôt pour une limitation, mais en disant qu'il ne faut pas s'éloigner de la notion de l'offre la plus économiquement avantageuse. Il revient sur l'ATF 129 I 313 (arrêt des apprentis valaisans). Le principe qui gouverne le droit des marchés publics est que l'argent de l'Etat doit être, d'une part, bien dépensé et, d'autre part, dépensé dans le respect de l'égalité de traitement entre les concurrents. La procédure est stricte et les critères ne doivent pas être discriminatoires. La qualité ou la bonne dépense des deniers de l'Etat se traduit dans l'appréciation de ce que doit être l'offre la plus économiquement avantageuse. Soit on a un bien largement standardisé dont les qualités sont absolument identiques, par exemple de l'essence. A ce moment, le critère du prix le plus bas peut être utilisé. Cela vise un nombre limité de marchés. Dès l'instant où un bien n'est plus bien standardisé, le prix sera mis en balance avec la qualité et un certain nombre de caractéristiques supplémentaires. Il donne l'exemple de l'achat d'une imprimante couleur pour l'administration. Il paraît plus que raisonnable de s'intéresser au prix des imprimantes, mais aussi à celui des fournitures, comme les cartouches d'encre. Lorsqu'on s'intéresse à l'offre la plus économiquement avantageuse, il sera tenu compte de ces éléments. Le prix doit rester un élément important. Le principe admis est que la prise en considération du prix devrait être d'au moins 30% pour un marché complexe. Il est possible de descendre jusqu'à 20% si le marché est extrêmement complexe. Il faut analyser l'arrêt des apprentis valaisans (ATF 129 I 313) où

le taux de 10% donné au critère des apprentis est discuté par le Tribunal fédéral comme étant à la limite de l'admissible. Mais, il faut replacer l'arrêt dans un contexte plus large : le contexte est particulier, car, pour le marché en cause, le taux du prix pris en considération était de 20%. Le Tribunal fédéral a été surpris qu'une entreprise qui était 18,5% moins chère finisse deuxième à cause du critère des apprentis. La relation de la prise en compte du critère de formation des apprentis pour 10% et celui du prix à hauteur de 20% était totalement déséquilibrée. Si on reprend la notion d'offre économiquement la plus avantageuse avec cette vision plus précise de l'arrêt du Tribunal fédéral, on se rend compte que les deux auteurs de doctrine arrivent probablement au même résultat : L'un dit qu'il n'y a pas de limite, l'autre dit qu'il y en a une à partir du moment où l'on arrive à l'offre économiquement la plus avantageuse. A titre personnel, il pense que ces critères sociaux pourraient être utilisés selon le marché, au-delà d'un taux de 10%, pour autant que, dans l'appréciation globale du marché, les règles sur la pondération du prix aient été respectées (c'est-à-dire que le prix ait un poids suffisamment important par rapport à la relation du marché et que la pondération des critères sociaux ne soit pas disproportionnée). Il ne pense pas que l'on puisse d'office dire par hypothèse que, si un critère était utilisé, les deux autres seraient exclus. Ce serait peut-être le cas dans un marché très complexe où le prix aurait une pondération moins importante et où il n'y aurait plus que la place pour un seul critère. Mais, dans un marché plus standard où le prix reste important et où l'on se restreint à des vrais critères d'appréciation (non pas la qualité du dossier du soumissionnaire, mais la prise en compte du prix, de l'organisation du candidat dans le sens de sa capacité à réaliser le marché demandé), cela peut fonctionner. Il n'y a pas de réponse générale, mais une appréciation de cas en cas, qui doit être faite en fonction du type et de la qualité du marché en cause. Cela rend ces critères utilisables pour toute une série de marchés, soit seuls, soit en combinaison avec d'autres.

Un commissaire Ve explique avoir pu entendre que le taux du critère pour la formation était de 5%. Il demande si cela lui parle ou si le taux serait plutôt de 10%.

M. Bellanger répond que le taux de 5% se trouve fréquemment comme petit critère de différenciation entre les entreprises qui seraient choisies à la fin. Il revient à l'arrêt valaisan (ATF 129 I 313) : le Tribunal fédéral ne dit pas que le taux de 10% est faux. Il dit que, dans ce cas-là, il ne convient pas. Il n'existe pas d'arrêt qui dit définitivement de taux maximum. Le taux de 5% est indiscutablement admis. Un taux de 10% serait possible, pourquoi pas même un taux de 15% selon la situation, le type marché et la pondération du prix ? La limite est que l'utilisation de ces critères doit être un plus et ne doit pas

fausser l'appréciation des offres. Si, par hypothèse, les critères sociaux sont pris en compte à 15%, les 85% doivent être suffisamment bien composés pour permettre une appréciation correcte de l'offre qui soit économiquement la plus avantageuse. Les critères donnés dans l'arrêt valaisan sont les suivants : expérience acquise dans le domaine (30%), qualification professionnelle (25%), montant de l'offre (20%), organisation du soumissionnaire (15%), formation d'apprentis et de stagiaires (10%). Cet ensemble d'éléments ne permettait pas d'avoir l'offre la plus économiquement avantageuse.

Il explique avoir discuté avec un architecte qui a lui donné des documents récapitulatifs pour deux soumissions, l'une pour la Ville et l'autre pour une commune. Dans l'un, il n'y a que trois critères principaux qui sont la compréhension de la problématique (40%), référence et qualité (30%) et un autre critère (30%). Aucun critère social n'est présent. Dans l'autre, il y a cinq critères : la compréhension de la problématique (20%), la qualité (20%), la qualité économique de l'offre (10%), la référence du candidat (30%) et la réalisation du candidat (20%). La composition même de l'appel d'offres varie et la marge de manœuvre est énorme. Le critère économique devrait être prépondérant, mais ce n'est pas tellement le cas. Il peut aller jusqu'à 50%, mais c'est rarement le cas.

M. Bellanger répond que la jurisprudence du Tribunal fédéral dit que moins un marché est complexe, plus le critère du prix doit être élevé. Si le bien est standardisé, le prix le plus bas est gagnant. Aucun autre critère n'est rajouté. Si le marché est plus complexe, le prix est pris en compte avec aussi d'autres éléments. La contrainte que pose le Tribunal fédéral est que le prix soit plus important. Les cantons et les communes ne suivent pas cette réglementation. Il existe peut-être une particularité dans le canton de Genève. Si un maître d'ouvrage fait un appel d'offres pour des mandats d'architecte et qu'il souhaite que beaucoup d'architectes participent, il a intérêt à avoir des « smileys » de la fédération des architectes et des ingénieurs. Si le critère du prix dans l'appel offre est trop bas, le maître d'ouvrage n'aura pas de smiley et il y aura peu de participation. Cette situation fait que, dans les appels d'offres pour des mandats d'architecte, beaucoup de critères portent sur l'expérience et la qualité et peu sur le prix. Ceci explique peut-être les deux tableaux.

Le commissaire Ve comprend que le but est de ne pas encourager la sous-enchère salariale face à des entreprises qui ont des conditions salariales beaucoup plus basses à l'étranger.

M. Bellanger répond que, dans un mandat local, cette problématique de sous-enchère éventuelle à l'étranger n'est pas présente. Il n'est pas certain que le but soit de protéger la sous-enchère sur les salaires. Il faudrait interroger les représentations de la fédération. La sous-enchère est relative : Si on prend un

mandat d'architecte, la partie relative à la conception peut se faire délocaliser, mais pas celle relative à l'exécution, qui est locale. Il est difficile d'évoquer une éventuelle sous-enchère dans cette dernière partie.

Il remarque qu'il parle des critères sociaux et demande ce qu'il en est des critères environnementaux.

M. Bellanger répond que les mêmes règles s'appliquent et qu'il faut une base légale. Le Tribunal fédéral a traité les critères sociaux et environnementaux de la même manière dans l'arrêt concernant la Ville de Genève (ATF 140 I 285). Personnellement, il considérerait plutôt les critères relatifs à l'engagement en faveur des demandeurs d'emploi et des personnes handicapées comme des critères sociaux plutôt qu'environnementaux, mais ils sont tous deux secondaires et nécessitent une base légale expresse.

Un commissaire PLR craint que, plus les critères étrangers au marché soient multipliés, plus la pondération devienne complexe et que les risques de recours soient multipliés. L'effet suspensif est en général accordé.

M. Bellanger répond dit que la Chambre administrative est peu généreuse en matière de restitution de l'effet suspensif, par rapport, par exemple, au tribunal vaudois. Ce qu'il évoque est possible, mais il ne pense pas que ce serait le cas. La raison principale est que la procédure des marchés publics est extrêmement formelle. Quand elle est bien suivie, la marge de manœuvre pour un soumissionnaire de contester avec succès est proche de zéro. Si l'on se trouve dans le cadre du respect d'une procédure et que seule la question de l'appréciation de la note se pose, le jugement est limité à l'arbitraire. En soi, le fait d'avoir plus de critères, si la procédure est respectée, ne crée pas un risque additionnel. Le risque est dans le choix et l'organisation des critères. À ce moment-là, il y a aspect procédural : quelle est l'importance du prix ? Quels sont les éléments qui s'ajoutent (qualité, référence, expérience, etc.) ? Dans le guide romand des marchés publics, il existe deux méthodes d'évaluation du prix : celle dite au carré et celle dite au cube. Des éléments sont donnés au pouvoir adjudicateur pour faire la différence entre les candidats.

Un commissaire PLR ne veut pas que l'esprit de ces projets de loi défavorise la formation professionnelle. Il donne l'exemple du marché de la construction. Comme les critères sont étrangers, ils vont s'annuler l'un et l'autre. Sur les marchés simples, cela ne fera pas un plus. Le souci avec ces projets de loi est qu'une entreprise citoyenne correcte qui ne licencie personne et embauche occasionnellement des temporaires sans passer par l'OCE pourrait être défavorisée alors que son personnel est stable. Il demande si ces projets de loi pourraient instaurer ce critère discriminatoire.

M. Bellanger comprend qu'il parle d'une forme de discrimination « à rebours ». Ce point n'est effectivement pas abordé dans la formulation de ce critère. Le pouvoir adjudicateur est responsable de mettre œuvre ce critère en tenant compte de cela. La discrimination qu'il évoque devrait être évitée, mais il ne peut pas mieux répondre.

Il explique que, dans les procédures complexes, les pondérations de 250 critères s'annulent à un moment. La moralité est que, finalement, le prix prévaut toujours.

M. Bellanger répond que, dans le système du droit des marchés publics, le prix reste un critère principal puisqu'il faut choisir l'offre la plus avantageuse économiquement. A son sens, sa question va au-delà du projet de loi et est une question plus générale qui porte sur le pouvoir d'utilisation de l'autorité adjudicatrice. Celle-ci dispose d'une boîte assez fantastique. Elle a un curseur sur le prix, la qualité et d'autres éléments. La jurisprudence n'intervient que si l'un des curseurs est vraiment trop bas ou trop haut. Au milieu, la marge de manœuvre est grande. Le pouvoir de l'autorité adjudicatrice implique de gérer les critères pour faire en sorte qu'ils ne s'annulent pas et ne soient pas inefficaces.

Un commissaire S demande si, dans le cas où un critère étranger au marché était pris en considération, mais que sa pondération était tellement faible, il serait possible de considérer que l'esprit de la loi n'est pas respecté.

M. Bellanger répond qu'il ne pense pas qu'il y ait une limite qui rendrait ce comportement inacceptable au niveau du droit. La loi dit que, s'il existe une base légale, il est possible d'utiliser ces critères spéciaux. Il ne faut pas leur donner une pondération telle que l'appréciation soit faussée. Maintenant, si la pondération est de 2, 3 ou 5%, c'est le choix de l'autorité adjudicatrice. La jurisprudence ne rentre pas dans ce détail. Cela fait partie de la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur. Il ne pense pas que les critères s'annulent. Le Parlement est le législateur.

S'il dit dans la loi qu'il veut trois critères spéciaux, il admet que l'on puisse utiliser ces critères alternativement ou cumulativement.

Il demande s'il n'est pas possible de fixer dans la loi un seuil de la part minimum en tant que critère d'adjudication.

M. Bellanger répond qu'il serait, à son avis, plus délicat de mettre un pourcentage minimum de la régulation pour un critère dans la loi. Dans l'aménagement du cocktail de critères, il faut faire confiance au pouvoir adjudicateur, qui est l'entité publique, pour prendre en compte les critères qui, en fonction des circonstances, sont les plus appropriés. Il est de la

responsabilité du pouvoir adjudicateur de faire un choix approprié. M. Bellanger part du principe de la confiance envers l'autorité.

Un commissaire MCG trouve paradoxal que le Tribunal fédéral s'occupe d'une affaire cantonale.

M. Bellanger répond que ce n'est pas surprenant que le Tribunal fédéral s'occupe de droit cantonal. Même en l'absence d'autre norme, il peut vérifier que le droit cantonal n'est pas interprété de manière arbitraire. Il rappelle que, dans ce domaine, il existe un fondement international et intercantonal qui est fort. Il existe un accord de l'OMC sur les marchés publics qui pose ce fondement et un accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Le Tribunal fédéral revoit librement le droit intercantonal (art. 95 LTF). Ces éléments donnent une structure de base de principes qui doivent être respectés. L'examen intervient à l'intérieur de ce cadre.

Il remarque qu'aucune référence n'est faite à l'accord OMC et demande s'il existe une loi fédérale sur les marchés publics.

M. Bellanger répond qu'il existe deux branches. L'accord mère est celui avec l'OMC et l'accord-fille est un accord avec l'Union européenne sur les marchés publics. En dessous, il y a encore deux branches. La première est la loi fédérale sur les marchés publics et son ordonnance, qui couvrent tous les marchés publics fédéraux. La seconde est l'AIMP, approuvé à Genève par la loi approuvant l'AIMP, et le règlement cantonal sur les marchés publics adopté par le Conseil d'Etat qui organise le détail des marchés publics. Si les cantonaux dérapent, la loi fédérale sur le marché intérieur impose au canton de respecter les principes minimaux découlant des accords internationaux dans le cadre de ses procédures de marché public (art. 5). Cette disposition a servi jusqu'en 2007, jusqu'à ce l'AIMP ait été modifié. L'AIMP tel que formulé aujourd'hui a tellement élargi son champ d'application qu'il couvre tous les marchés conformes au droit international.

Il demande ce qui se passe si le canton décidait de quitter l'AIMP. Il veut savoir si les règles minimales de l'OMC s'appliqueraient.

M. Bellanger répond que la loi fédérale sur le marché intérieur s'appliquerait. L'art. 5 serait appliquée, à son avis, conformément aux règles de l'AIMP. Cette règle imposerait en tout cas pour tous les marchés soumis aux traités internationaux à Genève d'adopter une réglementation similaire à celle du RMP. Cela n'aurait une incidence que pour les marchés non soumis aux traitements internationaux, qui sont ceux visés par ces projets de loi. Il serait surprenant que le canton de Genève soit le seul des 26 cantons à ne pas adhérer à l'AIMP.

Le commissaire MCG demande si le législateur genevois pourrait intervenir pour modifier le poids excessif accordé au prix.

M. Bellanger répond négativement. La jurisprudence du Tribunal fédéral est quasi constante et très claire. Le pouvoir adjudicataire a une très grande liberté dans la définition des critères aujourd'hui. Mais, dès le début de la jurisprudence, le Tribunal fédéral a dit que, pour l'égalité de traitement et la transparence, les critères doivent être tous énoncés et leur pondération exprimée dans l'appel d'offres et qu'ils ne peuvent pas être modifiés par la suite. Le prix est un facteur essentiel puisqu'on parle de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ne pense pas que le législateur genevois peut s'écarter de cela.

Il demande s'il peut s'en écarter de manière relative.

M. Bellanger répond qu'il est de la liberté du législateur de faire de l'expérimentation juridique. Il faudra ensuite voir ce que dira le Tribunal fédéral. Il est perplexe et dubitatif, mais remarque que c'est souvent avec des idées audacieuses que la science du droit avance.

Un commissaire S explique que l'on entend souvent que le canton de Genève ou la Ville de Genève est un « trop » bon élève en termes d'application de l'AIMP. Il demande si cela est effectivement le cas. Il demande ensuite s'il y a plus de recours à Genève qu'ailleurs et si plus de recours sont gagnés que dans les autres cantons.

M. Bellanger ne souhaite pas se prononcer sur le canton du Valais. Dans la plupart des cantons romands, le droit des marchés publics est appliqué de manière relativement uniforme. Il ne pense pas qu'il y ait de moins bons élèves. Il existe des règles communément admises et un guide uniforme qui permet d'avoir des appels d'offres relativement standardisés. Le système a priori fonctionne relativement bien. Il fonctionne généralement mieux chez les autorités cantonales qui sont souvent, de par leur taille, organisées, structurées, centralisées et disposent d'un savoir acquis, ce qui permet d'améliorer leur performance. Dans les plus petites entités publiques, s'il n'y a pas de suivi précis et qu'elles n'ont pas de grande expérience, il est possible d'avoir des choses qui ne vont pas très bien. Mais, cela est comme partout et n'est pas propre au canton de Genève. Il s'abstiendra de porter des notes de bons ou de mauvais élèves. Les marchés de la Ville de Genève sont généralement bien faits. Sur la question quant au nombre de recours, il n'existe pas de statistique romande sur le nombre de recours par canton. Il n'a pas de réponse à donner. La juridiction genevoise est restrictive à accorder l'effet suspensif. Il faut aussi différencier le nombre de recours déposés et ceux qui aboutissent à un arrêt. Si la restitution de l'effet suspensif n'est pas accordée par la Chambre

administrative, souvent l'entreprise qui a recouru s'arrête, car elle n'a rien à gagner. Puisque l'effet suspensif n'a pas été donné, le contrat a pu être signé et il est uniquement possible d'accorder des dommages-intérêts qui se limitent aux dépenses qui ont été encourues (frais d'avocat et heures de travail effectuées par le collaborateur de l'entreprise pour remplir la soumission). Souvent, cela n'en vaut pas la peine. Une recherche scientifique pourrait être effectuée à l'occasion sur le nombre de recours.

Un commissaire S explique que la question de la pondération lui fait penser au marché maudit des vélos en libre-service. Il est intéressant de savoir que les collectivités publiques mettent des critères comme des vélos attachés ou non. La limite donnée au périmètre du marché est intéressante. Il lit l'art. 52A al. 2 du PL 11789. Les critères doivent être pondérés au cas par cas en fonction de la nature du marché. Il demande si mettre la définition donnée dans un règlement est pertinent ou pas.

M. Bellanger répond que le règlement sur les marchés publics forme un tout et reprend même le contenu des dispositions légales, ce qui permet au lecteur d'avoir un mode d'emploi du droit des marchés publics. Ces deux projets de loi posent un principe qui s'ancre dans deux lois spéciales. Sans un règlement de ce type, on ne verra pas apparaître dans le règlement sur les marchés publics la possibilité de mettre ces clauses. Pour la transparence de la réglementation vis-à-vis du citoyen, c'est une bonne chose de le mettre. Accessoirement, cela permettrait de tenir compte de la remarque faite par un commissaire PLR sur la discrimination à rebours en s'assurant que tel ne soit pas le cas. En termes de construction législative, cela lui semble parfaitement cohérent et il n'y voit pas d'obstacle. La problématique de retour d'expérience n'est pas résolue, soit celle de savoir quelle est l'information qui remonte au Parlement par rapport à la mise en œuvre de la politique publique. Ce domaine sort de ce champ.

Il revient sur la question de l'offre économiquement la plus avantageuse et demande si les retombées fiscales peuvent être prises en compte. M. Bellanger répond négativement. La loi fédérale sur le marché intérieur, qui a été unifiée en 1995, interdit de prendre en compte le critère fiscal en droit des marchés publics.

Un commissaire MCG explique que le pire des systèmes est celui où les juges gouvernent. Comment peuvent-ils venir dire que les critères environnementaux ne sont pas liés ? Le critère environnemental est central dans la réalisation du projet. À Genève, la nouvelle constitution insère le droit à un environnement sain dans les droits fondamentaux. Il y a un décalage entre la vision fédérale et la nôtre. Dans la mesure où le canton de Genève a pris l'habitude de veiller au filet social, le point de vue change complètement. Il a

compris qu'il faut une base légale précise dans le domaine qu'elle veut aborder, mais floue dans son application.

M. Bellanger répond qu'elle doit être flexible. Le droit a toujours une part de floue. Il n'a pas dit que le critère environnemental en tant que tel est exclu dans le cadre d'un marché ordinaire. La distinction est faite entre le critère propre au marché en cause et celui qui lui est étranger. Par exemple, dans le cadre d'« En Chardon », des centaines de milliers de cubes de terre qui doivent être évacués. Dans l'appréciation des travaux, il est possible d'avoir un critère qui apprécie la méthode d'évacuation des déchets. Ce critère est inhérent au chantier, car il est en lien direct avec l'exécution des travaux. Il n'est donc pas considéré comme un critère étranger au marché. Ainsi, un aspect environnemental peut faire partie du marché. Dans l'arrêt concernant la Ville de Genève (ATF 140 I 285), la première discussion a été de savoir si le critère était étranger ou pas au marché. La Ville de Genève a essayé de démontrer qu'il existait une relation entre le salaire et la qualité des prestations, mais elle n'a pas réussi. Si elle avait réussi, ce critère aurait été considéré comme propre au marché et n'aurait pas nécessité de base légale. Dans le cas d'espèce, le critère a été considéré comme étant étranger au marché. Le Tribunal fédéral demande qu'une base légale permette de prendre en considération ce critère pour pouvoir l'utiliser.

Un commissaire UDC fait part des remarques que lui a soumises un entrepreneur dans le bâtiment. Selon ce dernier, les différences de prix sont énormes (échelle de 1 à 3). La raison serait que certains ont recours à de la sous-traitance ou emploient seulement une partie de leur personnel officiellement, ce qui permet un gain sur les charges. Cet entrepreneur est déçu, car certains ne jouent pas le jeu et que rien n'est fait pour clarifier les critères.

M. Bellanger répond que la législation répond pour l'essentiel à cette question. Dans le règlement figurent les conditions de participation. L'entreprise est obligée soit de respecter la CCT applicable à la branche, soit de signer les usages auprès de l'OCIRT. Ainsi, l'entreprise s'engage à respecter les règles. La plupart des marchés contiennent un engagement à respecter la législation qui interdit le travail au noir. Il rappelle que cette législation est sévère puisqu'elle aboutit à des condamnations pénales de l'employeur concerné. Il y a un volet réglementaire et un autre lié à l'activité de l'OCIRT, qui est censé détecter les cas évoqués. Régulièrement, des entreprises sont sanctionnées et interdites de marchés publics. Il existe un arsenal législatif détaillé. Le reste est une question d'application et de mise en œuvre du droit par le tribunal administratif. La situation que M. Pfeiffer évoque devrait pouvoir être relativement bien gérée par notre arsenal législatif.

Un commissaire Ve demande si le guide romand des marchés publics recommande d'accorder une certaine pondération selon les critères.

M. Bellanger répond négativement. Le seul élément concerne les conditions d'adjudication. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse est prévue dans le RMP. La règle de base est l'art. 24 qui impose de choisir des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché. Au-delà de cela, le pouvoir adjudicateur dispose d'une assez grande liberté pour suivre ces critères. Le guide romand donne certains éléments et des méthodes assez précises pour les évaluer. Il n'existe pas une telle liste avec une pondération. Le pouvoir adjudicateur a le devoir d'explicitier le critère choisi au soumissionnaire, par exemple ce que signifie la compréhension du concept architectural ou la crédibilité de l'offre.

Il demande s'il ne manque pas à Genève un centre de compétence en matière de marchés publics.

M. Bellanger répond que la matière est complexe et technique. L'OBA et la CCA sont des exemples de centres de compétence.

Il demande s'il y a moyen de garantir que les 5% concernant la formation professionnelle ne soient pas péjorés par les autres critères.

M. Bellanger répond que cela est théoriquement possible, mais que ce serait compliqué à mettre en œuvre et donnerait une grande tentation à l'autorité adjudicatrice de ne pas utiliser ce critère. Une certaine flexibilité est préférable dans la mise en œuvre de la loi. Une fois qu'un élément est inscrit dans la loi, il ne bouge plus. Une certaine souplesse est parfois requise.

Un commissaire S demande si les entreprises, quand elles ne sont pas retenues, renoncent à faire recours pour éviter d'être sanctionnées si elles repostulent ultérieurement.

M. Bellanger répond que la liste noire des entreprises qui font recours est une grande légende urbaine.

Il s'interroge sur les liens d'intérêts entre les entreprises qui postulent et celles qui donnent le mandat. La seule vérification faite concerne les compositions des conseils d'administration du Registre du commerce. Il demande si cette pratique est standard et pas problématique.

M. Bellanger répond que les liens d'intérêts sont importants et peuvent ressortir du Registre du commerce. D'autres liens peuvent aussi exister. Il est évident qu'il appartient au membre du comité d'évaluation de se récuser. Cette règle est générale. Le problème est que des personnes ne peuvent pas voir le conflit d'intérêts. Ce sont des cas relativement marginaux. De manière

générale, on vit dans un grand village et les choses se découvrent relativement vites.

Il s'interroge sur le délai de recours et les mesures qui sont à disposition.

M. Bellanger répond que, théoriquement, lorsqu'on découvre un fait postérieur, il est possible d'envisager une demande de révision ou un recours tardif. Il ne pense pas que celui qui découvrirait un fait postérieurement, pour autant qu'il agisse tout de suite, soit entièrement démuné.

Un commissaire PLR explique qu'il est problématique que, dans le cadre des marchés publics, les entreprises genevoises soient comparées à celles d'autres cantons dont les charges sont différentes. Il demande si la loi sur le marché intérieur prévoit une pondération ou si l'AIMP laisse une pondération possible, notamment pour les biens de production.

M. Bellanger répond négativement. Le droit des marchés publics lutte contre le dumping salarial en imposant que la prestation faite dans le canton soit payée au salaire du canton, mais la même règle ne vaut pas pour la production.

M. Bellanger se retire.

M. Poggia rappelle que deux amendements ont été proposés. Le critère du développement durable, qui prêtait à confusion, a été enlevé. Il ne peut y avoir que des critères accessoires dont la pondération dépend du type de marché. En ce qui concerne l'objection levée et légitime, qui est que s'engager pour l'emploi revient aussi à ne pas licencier des employés, il rappelle la formulation de l'amendement («... , *notamment par...* »). Les exigences sont modestes. Toutes les entreprises peuvent annoncer leurs postes vacants à l'OCE. Un des moyens de s'engager en faveur de l'emploi peut aussi consister à ne pas licencier ses propres employés. Cette question est davantage politique que juridique. Les obstacles juridiques ont été levés. Veut-on donner un signal à Genève, qui est que l'intégration des personnes handicapées et le soutien aux personnes demandeuses d'emploi sont des priorités pour ce Parlement ? La question de l'application ne peut pas se trouver dans la loi. Les critères dépendent de chaque cas particulier. La loi pose des principes généraux et abstraits. Il souhaite que l'ensemble du Parlement soit conscient de la nécessité de soutenir ce projet de loi.

Un commissaire S informe que le PS soutient ces projets de loi. Il reste cependant dubitatif sur deux éléments. Rajouter des critères revient à complexifier les offres d'appels, ce qui n'est pas de nature à favoriser les petites entreprises. L'intention de ces projets de loi est louable, mais il n'est pas sûr que sa concrétisation sous cette forme soit pénitente. Pour rebondir sur sa question de la prise en compte des retombées fiscales, les charges salariales

sont aussi réalisées à la production d'un bien. Il faudrait revenir là-dessus, car cela aurait à son sens un impact direct. Les paramètres proposés dans les projets de loi sont difficiles à évaluer concrètement. En théorie, il est facile de déclarer les postes vacants à l'OCE, mais il n'est pas toujours facile en pratique de répondre à 130 candidatures. Ces projets de loi ne sont pas de nature à simplifier le travail des petites entreprises qui postulent dans les marchés publics. Il reste dubitatif, mais votera comme son parti le lui demande.

Une commissaire EAG comprend en lisant ce texte que ce qui prime est le soutien des soumissionnaires en faveur de l'emploi et que l'engagement à annoncer les postes vacants à l'OCE n'est qu'un exemple. Elle demande si, dans les modalités d'exécution, la notion de « soutien à l'emploi » sera plus explicitée.

M. Poggia répond qu'il faut laisser l'autorité adjudicatrice développer sa propre casuistique. Forcément, la réalité dépasse notre imagination et les situations dans lesquelles une entreprise peut s'engager pour l'emploi sont multiples. Il ne veut pas cristalliser une liste exemplative qui amènerait l'autorité adjudicatrice à exclure tout ce qui ne serait pas mentionné dans cette liste. Il préférerait laisser des termes suffisamment larges pour que l'entreprise qui voit dans les critères d'adjudication cet engagement pour l'emploi puisse elle-même expliciter en quoi elle s'engage pour l'emploi, pour convaincre l'autorité du fait qu'elle remplit bien ces critères. S'agissant d'un règlement du Conseil d'Etat, il n'est pas seul à décider, mais pense que ce serait contre-productif dans l'intérêt même des entreprises qui pourraient revendiquer le fait même de remplir ce critère.

Un commissaire PLR dit que le MCG est toujours pavé de bonnes intentions. Ces deux projets de loi sont une bonne intention, mais ne créent pas une seule place de travail. Le PL 11789 rajoute des contraintes aux entreprises genevoises. Il sera possible de contrôler si les entreprises genevoises annoncent tous leurs postes vacants à l'ORP, mais pas si une entreprise fribourgeoise le fait.

L'autorité adjudicatrice ne pourra jamais mettre un personnel à disposition pour demander des informations sur toutes les entreprises qui ont soumissionné dans tous les ORP pour savoir s'il y a eu des annonces ou pas. Même si ces ORP répondaient par la négative, on ne pourrait pas l'utiliser comme critère pour attribuer une mauvaise note à l'entreprise, qui pourrait justifier du fait qu'elle n'a pas eu besoin d'engager du personnel entre la date de la première soumission et celle de la deuxième. Si le but est de favoriser les entreprises qui font un effort par rapport au chômage de notre canton, le PL 11789 est malheureusement un coup d'épée dans l'eau qui n'aura aucune incidence sur le marché de l'emploi par rapport au chômage. Le Conseil d'Etat est incapable

de démontrer le contraire, car il a répondu dans ce sens dans la M 2332. Il ne voit pas comment il est possible d'introduire un critère comme celui dans une loi étant donné que ce n'est pas obligatoire et pas contrôlable. Même si ce critère était contrôlable, cela coûterait trop cher. S'agissant du PL 11795, les critères se ressemblent. Il ne voit pas comment le critère des entreprises qui emploient des personnes handicapées pourrait être mis en application. Faute de vouloir faire bénéficier la fondation PRO de certains marchés, il a de la peine à voir. Il n'est personnellement pas du tout motivé par ces deux projets de loi, d'autant plus suite à la réponse du Conseil d'Etat sur la M 2332, qui l'a effaré.

M. Poggia comprend qu'il considère que, en raison de la réponse du Conseil d'Etat sur le M 2332, un député PLR considère que l'Etat n'a pas les moyens de contrôle nécessaires.

Un commissaire PLR dit que l'Etat n'a pas les moyens d'avoir une situation claire du chômage par rapport aux entreprises. D'un autre côté, le Conseil d'Etat met des critères dans la loi dont le contrôle coûtera cher.

M. Poggia rappelle que la M 2332 demande d'avoir une vision claire du chômage actuel pour connaître les raisons du décalage entre l'offre et la demande. Il donne la même réponse que celle faite en séance plénière du Grand Conseil : la clé pour savoir quels sont les besoins de notre économie appartient au secteur privé, car c'est lui qui ouvre des postes ou les repourvoit par la recherche de nouveaux collaborateurs. Si l'entreprise refuse d'annoncer un poste vacant à l'OCE, il l'empêche de connaître les besoins. Il est singulier de venir reprocher à l'Etat de ne pas être capable de faire une photographie des besoins de l'économie, alors que cette photographie ne peut se faire que par l'annonce des postes vacants à l'OCE. Cette motion n'a rien à voir avec ce sujet. En ce qui concerne l'égalité de traitement dans le contrôle, il faut savoir que les critères proposés dans les PL sont un parmi les autres critères d'adjudication. Il est évident que si l'Etat a en liste deux entreprises, l'une genevoise qui annonce les postes vacants et l'autre neuchâteloise qui s'engage à le faire, l'autorité adjudicataire pourrait parfaitement considérer que l'antériorité de la démarche doit être le critère à retenir. La question de savoir si l'entreprise a déjà engagé des apprentis par le passé peut aussi bien être contrôlée pour une entreprise genevoise que pour une entreprise d'un autre canton. La mise en pratique de ce type de critères est toujours plus difficile que la mise en pratique d'un comparatif des prix. Ce n'est pas parce qu'un critère implique une difficulté qu'il faut forcément l'écarter. Ce critère doit être mis en avant. Aujourd'hui, il existe une réelle inquiétude de la population face à l'emploi. Il pense que, en tant que représentant des entreprises genevoises, le commissaire PLR devrait être enthousiaste quant au fait de mettre des critères

qui seront davantage contrôlés par les Genevois. Dans la mesure où il part de l'idée que les entreprises genevoises vont s'engager pour les demandeurs d'emploi et les personnes handicapées, cela fera un plus pour nos entreprises pour pouvoir se voir attribuer des marchés publics.

Un commissaire UDC nuance les propos du PLR. L'application de ces deux projets de loi aura très peu d'influence et sera certainement un combat très minime sur le plan administratif ou autre pour les entreprises. L'impact sera très faible et se limitera finalement à une intention. Il demande si ces deux projets de loi auront un effet harmonisateur sur les critères des soumissionnaires pour les communes. Il donne l'exemple de deux soumissions, l'une pour l'Etat et l'autre pour la

Ville de Genève, où pour le même travail et les mêmes tâches, les pondérations et les critères étaient très différents. Si tel est le cas, il trouve que, rien que pour cette raison, accepter ces projets de loi serait positif.

M. Poggia répond que, tant que les autorités adjudicatrices sont différentes, elles pourront toutes avoir des pratiques différentes. La décision de la Ville de Genève concernant les nettoyeurs a été cassée, car la Ville a décidé spontanément d'appliquer des critères qui doivent d'abord se trouver dans une loi formelle adoptée par le Parlement. Ces lois apportent un plus dans le sens où ces critères pourront être appliqués de manière uniforme quant au principe. Le professeur Bellanger a dit que, si l'on veut mettre dans la loi un pourcentage, on prendrait un risque sérieux et que l'autorité adjudicatrice doit pouvoir avoir une marge de manœuvre quant au type de marché. Partout sur le canton de Genève, ces deux critères pourront être appliqués avec la certitude que la décision de l'autorité adjudicatrice, sous contraire de l'arbitraire, ne soit pas cassée.

Un commissaire S informe que le PS soutiendra ces deux projets de loi dont le but n'est pas de créer des postes de travail supplémentaires. Le but de ces projets de loi est l'intégration des personnes handicapées et l'aide à la réinsertion professionnelle. Les PS a toujours été favorable à apporter d'avantage de cadre et de critères dans l'adjudication des marchés publics. La Ville de Genève a été contredite sur la question des salaires, faute de base légale. Si un adjudicateur souhaite appliquer les critères prévus par ces projets de loi, il pourra le faire sans se faire débouter par un tribunal. Il craint que la portée de ces projets de loi soit extrêmement faible et espère qu'ils ne constituent pas uniquement un coup de communication avant les élections. Le PS entrera en matière sur les deux projets de loi et acceptera les amendements formulés par le département.

Un commissaire Ve a un problème avec le PL 11789. Il rejoint ceux qui disent que ces projets de loi ne créeront pas d'emploi. Qu'est-ce qui est recherché dans l'emploi ? Une stabilité. Il aimerait que ce qualificatif soit rajouté. Le seul élément proposé est d'annoncer les postes vacants. Or, une entreprise ne va pas faire des démarches auprès de l'OCE alors qu'elle sait qu'elle ne va pas retenir des dossiers, mais embaucher quelqu'un qu'elle connaît. L'engagement en faveur de l'emploi consiste aussi à maintenir stable son personnel et mérite une réflexion plus précise. Si un terme précis y faisant référence est inséré dans la loi, il votera l'entrée en matière sur ce PL. Dans le cas contraire, il s'abstiendra. Il remercie de l'audition d'aujourd'hui, qu'il a trouvée très utile. Il a en revanche était déçu de l'audition de l'OBA et de la CCA. Enfin, il souhaite que soient annexés au procès-verbal des documents qui définissent le choix des procédures pour les prestations de services (annexe B1), pour l'acquisition de fournitures (annexe B2) et pour les travaux de construction (annexe B3).

Un commissaire PDC rejoint les propos du commissaire Ve par rapport aux auditions. Lors de l'audition de la CCA, il a eu l'impression que les personnes n'étaient pas capables de donner des indications précises. M. Bellanger a en revanche été remarquable. Il a rappelé avec insistance l'importance des possibilités de souplesse qui sont laissées à l'adjudicateur. Sa crainte est que le Conseil d'Etat soit plus restrictif dans le règlement. Il n'est pas persuadé des avantages qu'apportera la loi, notamment dans la diminution du chômage. Il rejoint la perplexité du commissaire S. Il est joli d'annoncer les postes à l'OCE. Il constate en revanche, pour avoir eu recours à l'OCE, que ce dernier a beaucoup de difficultés à envoyer des personnes adéquates. Par exemple, il cherchait un temps une infirmière responsable de la stérilisation et l'OCE a envoyé une candidate qui était allergique au latex. Cela doit faire partie du champ que l'OCE doit réfléchir avant. Il y a certainement d'autres exemples. Cela étant, il votera l'entrée en matière sur ces projets de loi, sous réserve ensuite de travailler éventuellement des amendements ou recevoir des amendements allant dans le sens souhaité par le commissaire Ve de la part du département.

Un commissaire MCG remarque que, lorsqu'on entreprend un projet, il faut faire face à trois adversaires : celui qui veut faire le contraire de ce que l'on veut, celui qui veut faire la même chose mais n'ose pas se lancer et celui qui ne veut surtout rien faire. Il comprend que certains préfèrent protéger les bénéfiques plutôt que les chômeurs. Sauf que M. Bellanger a dit que ces critères sont impossibles à utiliser sans base légale. Le but de cette loi est de se donner les moyens de corriger d'éventuels déséquilibres qui seraient par nature de marché. Il pense que, tout étant perfectible, il faut se garder la place au cours

des débats pour varier le curseur. Dire que ces projets de loi ne créeront pas d'emploi n'est pas juste : si on évite de créer des chômeurs, on créera de l'emploi. C'est un raisonnement par l'inverse. La pratique demandée par le département est de recevoir 5 candidats émanant de l'OCE et non pas 150. Ces projets de loi sont excellents et le MCG les soutiendra.

Un commissaire PLR explique que le PLR n'était pas très favorable aux projets de loi de base. Au fil des discussions, des éléments importants sont sortis, notamment des réflexions pour : 1. Créer et développer l'emploi 2. Si on n'y arrive pas, maintenir l'emploi. 3. Ne pas le perdre. Ce sont les trois premiers critères de l'économie. Ces projets de loi ne vont pas créer de l'emploi, mais le département a admis que la PME classique fait l'effort tous les jours de garder son personnel. L'amendement à l'art. 52A est positif, car il légalise la façon de faire de certaines entreprises. On parle souvent du problème de la responsabilité. Le maître d'ouvrage public, comme le maître d'ouvrage privé, doit faire une prestation et savoir ce qu'il veut. L'entreprise va regarder qui est le maître d'ouvrage, quels sont les critères et si la prestation demandée entre dans ses compétences. Si la réponse est positive, elle répondra à l'appel d'offres. La Commission de l'économie sensibilise de plus en plus ce travail de réflexion et se bat pour avoir un cahier des charges précis. Si cela est bien fait, les entreprises genevoises spécialisées seront les meilleures. Notre responsabilité politique est de se demander quelle est la meilleure prestation dans l'intérêt public. Dans ces projets de loi, la responsabilité du maître d'ouvrage politique est engagée à un moment donné, quand il y a un problème politique. Si le PL 11789 légalise une certaine pratique, il faudra que l'administration et le maître de l'ouvrage en prennent conscience et fassent leur travail. Il est intéressant de voir la notion de la pratique dans d'autres cantons. Le canton du Valais met peut-être plus de volonté dans l'établissement du cahier des charges. Le PLR votera l'entrée en matière sur ces projets de loi. A titre personnel, il n'annoncera pas ses postes vacants à l'OCE, mais préfère faire fonctionner son réseau.

Une commissaire EAG soutiendra ces deux projets de loi, dont elle n'attend pas des miracles. Ils ne créeront pas de l'emploi, mais donneront une chance aux chômeurs d'accéder à des places vacantes. Il n'est pas possible de résoudre tous les problèmes à la fois. Elle est favorable à l'amendement du département sur le PL 11789, car « en faveur de l'emploi » est une formulation positive. La stabilité de l'emploi peut être défendue. Elle rappelle qu'un PL a été balayé dans cette commission alors qu'il proposait plusieurs éléments. La préférence cantonale ne serait être en aucun cas une mesure en faveur de l'emploi, mais serait au contraire assez désastreuse. Il est important de promouvoir l'emploi de personnes handicapées. Donner un signal clair en la matière est important.

M. Poggia propose la modification suivante de son amendement à l'art. 52A al. 1 :

*« Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut tenir compte, pour l'adjudication, du soutien des soumissionnaires en faveur de l'emploi **et de sa stabilité**, notamment par un engagement à annoncer les postes vacants à un office régional de placement. »*

Votes

Le Président passe au vote d'entrée en matière sur le PL 11789

Pour : 12 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 3 PLR, 1 UDC, 2 MCG)

Contre : –

Abstention : –

L'entrée en matière sur le PL 11789 est acceptée à l'unanimité.

Le Président passe au vote d'entrée en matière sur le PL 11795 :

Pour : 12 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 3 PLR, 1 UDC, 2 MCG)

Contre : –

Abstention : –

L'entrée en matière sur le PL 11795 est acceptée à l'unanimité.

PL 11789 – Suite des discussions et vote

Art. 52A

M. Poggia rappelle sa proposition d'amendement à l'art. 52A al. 1 : *« Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut tenir compte, **dans les critères d'adjudication, du soutien des soumissionnaires en faveur de l'emploi et de sa stabilité**, notamment par un engagement à annoncer les postes vacants à un office régional de placement. »*

Un commissaire PLR trouve que cet amendement va dans le bon sens.

M. Poggia rappelle que son amendement au PL 11789 comporte deux éléments. Le premier consiste à ajouter « et de sa stabilité » et le second à ajouter « notamment » pour préciser qu'il s'agit d'un exemple de l'engagement qui peut être pris en considération.

Un commissaire S demande ce qu'il entend par « notamment ».

M. Poggia répond que ce n'est pas exclusivement de cette manière que cette preuve peut être apportée. Il se réfère à l'exposé des motifs, qui a été modifié : « Le terme « notamment » permet d'élargir la prise en compte du soutien à l'emploi à d'autres modalités. Ainsi, l'autorité adjudicatrice aura la possibilité de prendre également en compte la stabilité des employés au sein de l'entreprise des soumissionnaires, ce qui serait l'expression d'une politique des ressources humaines respectueuse des droits des travailleurs ».

Le Président met aux voix l'amendement de M. Poggia :

Pour : 14 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 4 PLR, 2 UDC, 2 MCG)

Contre : –

Abstention : –

Cet amendement est accepté.

Art. 2 : pas d'opposition – ADOPTÉ

Le Président passe au vote d'ensemble du PL 11789 :

Pour : 14 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 4 PLR, 2 UDC, 2 MCG)

Contre : –

Abstention : 1 (1 PLR)

La catégorie des débats est les extraits.

PL 11795 – Suite des discussions et vote

M. Poggia rappelle son amendement à l'art. 7A al. 1 : « *Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut, **pour l'adjudication**, tenir compte de l'emploi de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative* ».

Un commissaire Ve dit qu'il faudrait adopter la même formulation que pour le PL 11789, c'est-à-dire «... *peut, **dans les critères d'adjudication**, tenir compte...* ».

Un commissaire PLR est de cet avis.

Le Président met aux voix l'amendement de M. Poggia à l'art. 7A al. 1, corrigé avec la nouvelle proposition :

« Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut, dans les critères d'adjudication, tenir compte de l'emploi de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative ».

Pour : 15 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 4 PLR, 2 UDC, 3 MCG)

Contre : –

Abstention : –

Cet amendement est accepté.

Le Président passe au vote d'ensemble sur le PL 11795 :

Pour : 14 (1 EAG, 3 S, 1 Ve, 1 PDC, 3 PLR, 2 UDC, 3 MCG)

Contre : –

Abstention : 1 (1 PLR)

La catégorie des débats est les extraits.

Projet de loi (11789)

modifiant la loi en matière de chômage (LMC) (J 2 20) (Marchés publics)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi en matière de chômage, du 11 novembre 1983, est modifiée comme suit :

Art. 52A Marchés publics (nouveau)

¹ Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités internationaux, l'autorité adjudicatrice peut tenir compte, dans les critères d'adjudication, du soutien des soumissionnaires en faveur de l'emploi et de sa stabilité, notamment par un engagement à annoncer les postes vacants à un office régional de placement.

² Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'exécution en la matière, dans les dispositions réglementaires sur la passation des marchés publics.

Art. 2 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Projet de loi (11795)

modifiant la loi sur l'intégration des personnes handicapées (LIPH) (K 1 36) (*Marchés publics*)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi sur l'intégration des personnes handicapées, du 16 mai 2003, est
modifiée comme suit :

Art. 7A Marchés publics (nouveau)

¹ Dans les procédures de passation des marchés publics non soumis aux traités
internationaux, l'autorité adjudicatrice peut, dans les critères d'adjudication,
tenir compte de l'emploi de personnes handicapées pouvant exercer une
activité lucrative.

² Le Conseil d'Etat fixe les modalités d'exécution en la matière, dans les
dispositions réglementaires sur la passation des marchés publics.

Art. 2 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.