Date de dépôt : 5 février 2013

Rapport

de la Commission de l'économie chargée d'étudier la proposition de motion de Mmes et MM. Patrick Lussi, Stéphane Florey, Christo Ivanov, Eric Leyvraz, Eric Bertinat, Christina Meissner, Marc Falquet, Antoine Bertschy et Bernhard Riedweg demandant de renforcer la lutte contre le dumping salarial et le travail au noir dans les marchés publics par la consultation des associations professionnelles intéressées

Rapport de M. Serge Hiltpold

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission de l'économie s'est réunie à 5 reprises (30 avril, 7 et 14 mai, 4 et 11 juin 2012) pour étudier cette proposition de motion sous la présidence bienveillante de Mme Esther Hartmann, dont une séance présidée avec panache par son vice-président, M. Edouard Cuendet.

Ont assistés aux travaux M. Pierre-François Unger, conseiller d'Etat chargé du DARES, Mme Marie Chappuis, secrétaire adjointe, M. Jean-Charles Magnin, directeur des affaires économiques, et M. Bruno Giovanola, directeur général de l'OCIRT.

Les procès-verbaux de séance ont été tenus avec exactitude par l'incontournable procès-verbaliste, M. Hubert Demain, que je remercie au nom de la commission.

Audition de M. Patrick Lussi, auteur de la motion

En résumé et comme son titre le précise, cette motion vise la problématique du dumping salarial dont l'actualité n'est plus à démontrer et se focalise plus particulièrement sur la possibilité d'intervenir en amont de l'ensemble des processus liés y compris des processus de contrôle.

ATAR ROTO PRESSE – 300 ex. – 02.13

M. Lussi indique que les auteurs de la motion se sont fortement inspirés de la procédure vaudoise qui prévoit l'établissement d'une liste d'entreprises autorisées à soumissionner et comprenant la déclaration des sous-traitants. Il s'agit donc par cette motion de permettre d'intervenir avant le déroulement de la procédure de soumission en permettant à ce stade d'écarter certains opérateurs si ces entreprises ont déjà été l'objet d'irrégularités.

Un député (PDC) se demande ce que cette motion va apporter de plus par rapport à ce qui se pratique actuellement, car les listes dont il est question circulent déjà et mentionnent les entreprises qui se sont rendues coupables de certaines irrégularités. M. Lussi lui indique que la motion apporte une variante dans le dispositif actuel et précise que les listes genevoises ne sont pas exactement similaires à leurs homologues vaudoises (RSV 726 0.1), notamment pour ce qui concerne l'aspect des sous-traitants.

Un député (MCG) craint que de telles contraintes risquent d'engendrer une forte limitation des offres alors que cette mise en concurrence permet justement une pression sur les prix, dans le respect des normes édictées.

M. Lussi ne partage pas cette argumentation et serait plutôt en faveur de celle développée par les milieux de la construction au sujet des entreprises ***mieux-disantes*** (et non pas moins-disantes) car la seule focalisation sur le prix ne paraît pas raisonnable à long terme tant il est nécessaire de prendre en compte d'autres critères liés par exemple à la responsabilité sociale de telle ou telle entreprise (apprentissage, normes environnementales, normes sociales).

Audition de L'UAPG, représentée par Mme Stéphanie Ruegsegger (FER Genève) et M. Nicolas Rufener (FMB)

Mme Ruegsegger souligne l'intérêt de l'UAPG pour cette problématique, et commente l'instauration d'un registre des entreprises autorisées à soumissionner. L'union patronale partage les considérations liées au travail au noir, au dumping salarial et à leurs conséquences négatives, notamment en termes de concurrence déloyale. Elle rappelle que l'UAPG est déjà présente sur ce terrain avec les autres partenaires concernés (GT, commission des mesures d'accompagnement, groupe exploratoire, commissions paritaires) sans oublier son soutien aux CCT et à la rédaction de CTT. Pour autant, elle n'est absolument pas convaincue de la légitimité des partenaires sociaux dans le cadre de la procédure d'adjudication des marchés publics. Ces prérogatives strictement publiques ne doivent pas être déléguées. Par ailleurs, elle rappelle que des associations professionnelles conservent une totale liberté d'association. Quant aux sous-traitants, ils ne sont souvent pas connus au

moment de l'adjudication et n'entretiennent pas nécessairement de liens contractuels avec le maître d'œuvre.

M. Rufener complète en soulevant en préambule une question de vocabulaire, avec l'éviction des partenaires sociaux au profit des associations professionnelles. Or, cette terminologie s'applique généralement aux associations patronales. Cette restriction est contraire à l'esprit du partenariat.

L'idée de la liste de prestataires agréés existe depuis le 1er AIMP en 1997, et n'avait finalement pas été retenue par les partenaires sociaux, notamment à la lumière de l'expérience vaudoise peu concluante. Cette possibilité n'est plus permise par le cadre légal actuel, et ne serait plus conforme à l'AIMP en vigueur. Une expérience a été menée en ce sens à Genève au moment où la loi le permettait encore, cette expérience a été arrêtée vu les difficultés de sa mise en œuvre, notamment sous l'angle de l'égalité de traitement avec obligation d'annoncer la totalité des éléments dans la FAO pour permettre à toutes les entreprises incluses ou situées en dehors d'associations professionnelles d'adhérer au système. Cela générait une charge administrative gigantesque pour les associations chargées de la gestion de ce dispositif. Dans le cas contraire, l'Etat aurait dû s'en charger avec les coûts que l'on peut imaginer.

L'UAPG doute de la conformité d'une liste de soumissionnaires qualifiés avec la législation en matière de cartel avec le soupçon éventuel dirigé contre l'association professionnelle de réserver l'accès aux marchés publics à ses seuls membres. Une fois encore est soulevée ici la liberté d'association sur une base strictement volontaire et sans contrainte.

Il est mentionné que le canton de Vaud a connu un tel registre des entreprises mais y a finalement renoncé au vu des risques cartellaires et des problèmes d'application. Actuellement, ce canton se contente d'une consultation des commissions paritaires – sans base légale, ni réglementaire, ni conventionnelle. Ce mécanisme est mieux adapté et plus souple. Une dénonciation (rare – 1 seul cas) n'a pas de répercussions automatiques et fonctionne seulement avec l'Etat vaudois hors des autres autorités adjudicatrices. De plus, le dispositif vaudois lié à la lutte contre le travail au noir s'appuie sur quatre piliers ; les partenaires sociaux, la SUVA, et l'Etat, malgré cette forte concertation, les dénonciations sont rares. Par ailleurs, ce rôle dévolu dans cette motion aux associations professionnelles appartient en réalité à l'Etat.

Les partenaires sociaux connaissent bien le tissu local, mais ne disposent pas d'éléments suffisants pour intégrer l'ensemble des entreprises susceptibles de se porter candidate, au sein de ce registre. Enfin, ils exercent

déjà un important contrôle en matière de marchés publics. Ils élaborent et diffusent des listes noires au travers des caisses de compensation (retard dans le paiement des cotisations sociales) et examinent les procès-verbaux d'ouverture des offres avec la possibilité d'avertir en cas d'anomalies afin de rectifier les procédures. Le système actuel fonctionne correctement. De temps en temps, une entreprise peut être exclue des adjudications publiques durant un certain temps. Une adaptation de la base légale est en cours de réflexion.

M. Rufener explique le système de contrôle paritaire des chantiers (actuellement, 10 inspecteurs paritaires sillonnent le canton). Il s'agit d'un contrôle intégral des chantiers, probablement unique en Suisse qui s'étend également aux marchés publics qui ne représentent qu'un tiers du marché de la construction. Au-delà de la volonté protectionniste de cette motion, il serait souhaitable de s'interroger sur la préférence systématique donnée lors des adjudications aux entreprises les moins-disantes, alors que d'autres éléments pourraient avantageusement être pris en compte (formation professionnelle, respect des normes environnementales, entreprises socialement responsables). Une attention particulière devrait être portée aux capacités réelles de l'entreprise mandatée, car le risque d'une sous-traitance mal maîtrisée y est immédiatement lié. Il donne notamment l'exemple du logement social qui souffre souvent de ce défaut au moment de la construction.

« L'UAPG reste par ailleurs dans l'attente des conclusions des suites données à la M1712 ».

Un député (Ve) revient sur les considérations de conformité de cette motion à d'autres textes pour s'interroger sur la légalité ou l'illégalité des invites proposées et imagine que l'application de la motion coïnciderait avec une rupture des AIMP. M. Rufener peut évidemment donner son appréciation, mais, au-delà, des avis de droit seraient probablement bienvenus. Il reprend l'argument des cartels et rappelle que Genève a toujours été considérée par l'ensemble des autres cantons comme celui appliquant la législation AIMP de la manière la plus restrictive. Il est difficile voire impossible de trouver un canton qui accepte plus de 25 % de ses marchés hors des frontières cantonales…

Un député (UDC) s'interroge sur une éventuelle procédure de présélection ou d'entente interne entre les entreprises susceptibles de soumissionner. M. Rufener répond par la négative et précise que la procédure doit être ouverte – ou sur invitation, au ressort exclusif des autorités adjudicatrices. Il existe une concurrence effrénée sur le plan de la construction en Suisse, environ 1 400 entreprises pour 3 milliards de chiffres

d'affaires. Même dans l'hypothèse d'une entente, entre quelques-unes, la concurrence serait toujours exacerbée.

Un député (MCG) s'interroge sur la manière de contrôler la chaîne des sous-traitants qui à un moment donné peut poser problème ? M. Rufener indique que cette preuve n'est en réalité que théorique avec l'engagement du respect des conditions données, mais dans de nombreux cas, lors d'un chantier urgent, et de l'engagement en cours de chantier d'un sous-traitant, l'Etat aura tendance à ne pas freiner la construction, sans compter que le prix global est toujours avantageux (moins-disant). Ce ne sont pas les partenaires sociaux (responsables de l'application des CCT) qui sont dépositaires du respect des règles AIMP mais bien les autorités publiques. Actuellement, un groupe de travail réfléchit à la possibilité de mieux sanctionner les entreprises, avec une idée de responsabilité solidaire, un peu différente de celle mise en avant par les syndicats, c'est-à-dire une responsabilité qui implique également l'autorité publique

En réponse à plusieurs questions des députés sur les listes noires et des demandes d'attestations « Multipack », M. Rufener rappelle qu'une entreprise ne faisant pas partie d'une convention collective doit s'engager à respecter les usages en vigueur à Genève. Dans le bâtiment, les conventions collectives ont une force obligatoire donc sont exactement les mêmes, à ceci près que l'autorité de contrôle n'est pas la même, avec d'une part l'OCIRT et d'autre part l'instance paritaire.

Audition de la CGAS, représentée par Mme Manuela Cattani, vice-présidente, et M. Alessandro Pelizzari, président

Mme Catani rappelle les moyens envisagés par les syndicats afin de lutter contre le dumping salarial et le travail au noir. Il ne saurait être question pour les syndicats d'utiliser un ensemble de mesures de limitation portant sur les frontières et la libre circulation des personnes, ou l'utilisation de la clause de sauvegarde, ni les mesures portant sur le contingentement de l'immigration. L'utilisation de ces instruments de ségrégation aurait principalement pour conséquence d'augmenter le nombre de travailleurs au noir ou sans-papiers.

Elle propose également l'introduction d'un salaire minimum, d'un renforcement des contrôles aux entreprises par l'augmentation du nombre d'inspecteurs et souligne son attachement au principe de la responsabilité solidaire dans le domaine de la sous-traitance qui est à l'étude sur le plan fédéral. S'agissant des mesures d'accompagnements, un renforcement d'avère nécessaire, notamment sur le plan de sanctions véritablement dissuasives, sans oublier l'extension des conventions collectives de travail.

M. Pelizzari rappelle que la CGAS est engagée contre le travail au noir défini comme le fait de travailler sans bénéficier d'une couverture sociale – par contre, elle refuse l'amalgame entre travail au noir et travail au gris dans la perspective de débusquer des personnes sans-papiers pour les mener vers l'expulsion, qui n'est pas envisageable d'un point de vue éthique. D'autant que les syndicats encouragent ces personnes à régulariser leur situation d'un point de vue des cotisations sociales et des impôts. Au sujet de la problématique des marchés publics, il estime que le renforcement de l'encadrement doit essentiellement provenir de l'Etat, en amont comme en aval de l'attribution de ces marchés.

Un député (MCG) revient sur cette confusion que les syndicats refusent d'entretenir, en soulignant qu'il s'agit d'un double langage difficilement compréhensible. D'une part, il faudrait renforcer le contrôle sur les normes et sur le patronat et, d'autre part, refuser de prendre en compte la situation particulière des travailleurs clandestins qui pourtant ne participent pas au financement de la collectivité.

Un député (PLR) rappelle qu'en principe les procès-verbaux d'ouverture des chantiers sont déjà mis à disposition des partenaires sociaux avec la possibilité de réagir immédiatement au travers des organes compétents.

M. Pelizzari confirme que cet accès constitue plus exactement une pratique et non pas un droit pour justement encourager à une formalisation de cet outil.

Concernant la responsabilité solidaire des sous-traitants, un député (PLR) note qu'il serait judicieux d'impliquer également le maître d'ouvrage.

Un député (Ve) retrace l'ensemble des textes existants sur cette problématique (AIMP, OMC, UE), et leur application conjointe au sein des situations décrites. Actuellement, le département produit déjà des listes négatives, au contraire de la demande de cette motion exigeant des listes exhaustives s'appliquant aux sous-traitants ainsi qu'aux sociétés étrangères. De ce fait, il souligne que les invites de la motion sont à tout le moins inapplicables, voire illégales et discriminatoires.

M. Pelizzari indique que les syndicats établissent des listes des entreprises constamment prises en défaut et que la présence sur une liste noire ne peut pas être éternelle au risque d'être discriminatoire. De plus, ces listes ne peuvent pas être seulement dressées sur le plan local au risque d'être en opposition avec les règles internationales. Une réflexion sur cette mise en place serait intéressante, dès lors que les listes existent déjà de manière officieuse.

Ce même député (Ve) revient sur les procès-verbaux d'ouverture et rappelle la possibilité pour chaque entreprise d'intenter un recours en cas de décision jugée inopportune. Il conclut au risque d'une *« grosse machine superflue sans apport significatif à la législation actuelle »*.

En conclusion M. Pelizzari revient sur les deux étapes, d'une part un contrôle sur les prix, d'autres part la nécessité d'engager un contrôle sur les critères de soumission des marchés pour désormais favoriser des offres contenant un certain nombre d'autres critères faisant la part belle aux offres mieux-disantes plutôt que moins-disantes.

Audition de l'OCIRT représenté par M. Bruno Giovanola, directeur général

M. Giovanola dresse premièrement le tableau du système de contrôle des marchés publics déjà existant et souligne que l'Etat se doit d'être, comme ses fournisseurs, exemplaire en la matière et que les règles du jeu doivent être clairement posées.

Le règlement sur la passation des marchés publics RMP précise d'ailleurs en son article 32 (conditions de participation) *que ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants des documents suivants (...)* et implique *une attestation certifiant soit, que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève ; soit, qu'il a signé auprès de l'office cantonal, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève*.

En outre, la loi cantonale fondant l'OCIRT s'applique, sans compter le respect du droit du travail. De plus, toutes les offres de celle du soumissionnaire à celle des sous-traitants doivent être couvertes par une CCT ou un engagement sur les usages.

L'OCIRT procède dans son rôle à un contrôle périodique des entreprises soumissionnaires, qui peut en cas de non-respect des règles et selon l'article 45 entraîner le refus de la délivrance de l'attestation requise pour une période allant de trois mois à cinq ans. Qui plus est, un second contrôle s'effectue au travers de la vérification sur la base des entreprises considérées comme défavorables, sur base d'une liste accessible.

Les attestations requises pour pouvoir souscrire aux marchés publics peuvent être obtenues via internet ; après le premier contrôle documentaire, un second intervient dans les six mois auprès de l'entreprise et un troisième est susceptible d'intervenir dans une période de trois ans.

Cette liste établie des entreprises défavorables (liste noire) est également consultable en ligne avec l'introduction d'un mot de passe connu de toutes les autorités adjudicatrices du canton.

M. Giovanola indique que les situations problématiques sont souvent l'apanage de certains sous-traitants, voire de sous-traitants de sous-traitants mais précise que les sous-traitants doivent être annoncés et signale une modification de l'article 20 qui réserve désormais la possibilité d'interroger une entreprise ou un sous-traitant de manière proactive, par exemple dans l'intention d'obtenir la liste des sous-traitants.

En conclusion, le directeur constate que le dispositif actuel répond aux préoccupations de la motion et à son esprit. A la seule réserve que le dispositif prévoit l'établissement d'une liste des entreprises non agréées (au lieu d'une liste des entreprises agréées).Quant à l'invite visant la vérification des qualifications et des compétences, elle n'entre pas dans les prérogatives de l'OCIRT.

Une députée (Ve) demande plus de précisions sur le phénomène des travailleurs détachés et aimerait s'assurer qu'ils soient soumis aux mêmes contrôles. D'autre part, elle voudrait également s'informer de la régularité de ces derniers. M. Giovanola rappelle que sur 3 223 entreprises concernées, 235 sont des entreprises étrangères et doivent satisfaire aux mêmes conditions pour ce qui concerne la part de leurs travailleurs actifs dans le canton de Genève (étant entendu que le contrôle de l'OCIRT est conditionné par le territoire sur lequel il s'exerce). Quant à la fréquence des contrôles, il rappelle que la demande d'attestation constitue un premier contrôle sur base des pièces documentaires transmises et s'accompagne, dans les six mois, d'un contrôle de l'office, puis d'un contrôle ultérieur sur une période pouvant aller jusqu'à trois ans au maximum, et pour autant que dans l'intervalle aucune information ou dénonciation n'invite l'office à s'intéresser à la situation de telle ou telle entreprise. Il indique que l'office dispose effectivement d'un pouvoir de sanction, vis-à-vis d'une infraction constatée lors des contrôles, ou lors d'un autre contrôle par exemple sur le travail au noir, ou encore au gré d'une dénonciation (voir article 45 LIRT).

Un député (PLR) tient également à se voir confirmer que les conditions de contrôle appliquées aux entreprises affiliées à des associations professionnelles, elles-mêmes signataires de CCT, sont identiques à celles pratiquées vis-à-vis des entreprises non affiliées. Ce qui lui est confirmé, basé sur le principe d'une égalité de traitement. Il rappelle d'ailleurs que, dans la mesure où les commissions paritaires dénonceraient une situation irrégulière, l'OCIRT est susceptible de sanctionner.

Un député (S) s'interroge quant à la capacité réelle de l'office à faire appliquer les règles lorsqu'il s'agit de sous-traitants étrangers ?

M. Giovanola indique que l'ensemble des sous-traitants reste soumis au respect des usages en vigueur sur le marché du travail à Genève, avec la possibilité éventuelle d'être exclu des marchés publics voir même de l'accès en Suisse. Ce type de contrôle est évidemment plus ardu, moins facilité lorsqu'il s'agit d'entreprises étrangères, mais il constate également l'excellente collaboration des commissions paritaires sur ce point.

Un député (MCG) s'inquiète de savoir si les moyens mis à disposition de l'OCIRT sont suffisants à l'accomplissement de ses missions ? Le directeur confirme que les moyens dont il dispose sont nécessaires et suffisants pour accomplir sa tâche, à moins d'imaginer une sorte de contrôle permanent sur les entreprises qui ne serait certainement pas souhaitable. Il convient évidemment de trouver un juste milieu et de rappeler que, au-delà des contrôles déjà prévus, des dénonciations peuvent intervenir au travers des partenaires sociaux.

Un député (PDC) voudrait connaître les particularités du système vaudois susceptibles d'améliorer, si besoin est, le dispositif genevois. Le directeur ne connaît pas dans le détail le système utilisé dans ce canton, mais tient simplement à rappeler que la Cour des comptes vaudoise n'a pas hésité à citer en exemple le dispositif OCIRT. Quant au canton du Valais qui utilise un système semblable au système genevois, avec les mêmes exigences, il parvient aux mêmes résultats.

Ce même député voudrait savoir si l'OCIRT publie le résultat de son travail, particulièrement au sujet du nombre d'infractions commises.

M. Giovanola indique que les activités de l'OCIRT sont agrégées sous l'angle du suivi des mesures d'accompagnement par le SECO qui en fait part au sein de son rapport général (comme d'ailleurs les données concernant le travail au noir).

Un député (MCG) voudrait connaître les moyens à disposition de l'office pour contrôler la situation des travailleurs indépendants ou supposés tels en provenance de l'étranger. Il lui est mentionné que tout travailleur indépendant doit faire la preuve de son statut ; pour le reste, il ne peut évidemment pas faire l'objet d'un contrôle relatif au payement du salaire dès lors qu'il n'est pas salarié. Il signale que cette problématique bien connue fait l'objet d'une réflexion, quant au renforcement du contrôle s'appliquant sur ces personnes au travers de la loi fédérale, dans le cadre du SECO et du renforcement général des mesures d'accompagnement.

En conclusion, un député (PLR) rappelle à ses collègues que, au sein de ce débat, une confusion a tendance à perdurer, celle relative à la notion de sous-traitance. Dans sa forme classique, elle est absolument normale dans la réalisation d'un chantier et concerne simplement le fait d'attribuer des travaux spécialisés à des corps de métier compétents. Ce bon fonctionnement ne doit pas être mis en danger par l'apparition soudaine d'une interdiction complète de la sous-traitance en cascade.

Audition de M. François Vodoz, adjoint au chef du service de l'emploi et en charge des questions de surveillance du marché du travail du canton de Vaud

M. Vodoz explique que la surveillance du marché du travail s'effectue au travers des partenaires sociaux sur la base d'une convention de collaboration (1999). Une commission tripartite est plus particulièrement chargée du contrôle sur les chantiers. Cette convention a été renforcée par la loi en 2005, et la loi contre le travail au noir en 2008. Sous l'angle partenarial, six inspecteurs effectuent les contrôles (900 à 1 000 contrôles/an sur les chantiers).

Concernant plus particulièrement le mécanisme visé par la motion, il indique que l'action de son service se fonde sur un principe de collaboration au niveau des marchés publics. Dans les faits, le département en charge de l'adjudication fait connaître la liste des entreprises qui se sont portées candidates et la transmet aux partenaires sociaux qui sont libres de réagir au vu de cette liste des adjudicataires potentiels. Ils peuvent faire parvenir leurs observations dans les cinq jours, une fois ce délai écoulé et en l'absence d'une réaction formelle, le département procède à l'adjudication. Si les partenaires sociaux ont détecté une difficulté, l'entreprise concernée devra fournir les preuves nécessaires à l'établissement du respect de ses obligations.

Il s'agit d'une procédure assez souple permettant aux partenaires sociaux de réagir mais sans portée contraignante. Dans le même sens, il n'existe aucun effet automatique et aucune procédure d'exclusion d'emblée. Cette procédure vaut tant pour les adjudicataires principaux que pour les sous-traitants (à noter que ces sous-traitants doivent également faire l'objet d'une annonce conjointe et de l'établissement d'une liste complète) avec possibilité d'écarter l'un ou l'autre sous-traitant. Ce dispositif ne contraint pas mais recommande vivement la sollicitation des partenaires sociaux. Il est également fait recours à la liste des entreprises exclues sur le plan fédéral et à la liste des entreprises interdites d'exercice en Suisse.

Un député (Ve) s'interroge sur la faisabilité supposée de la mesure suggérée par la motion, à savoir d'entreprendre une vérification sur l'ensemble des soumissionnaires ? M. Vodoz estime qu'une telle liste serait relativement difficile à établir et à tenir à jour puisque les secteurs connaissent une grande versatilité (ouverture/fermeture des entreprises par exemple) et qu'elle serait difficile à créer au niveau national.

Un député (S) revient sur les aspects du financement de la part de l'Etat de Vaud, sur le cofinancement des contrôles effectués dans le cadre paritaire.

M. Vodoz indique que ce cofinancement (50 % des frais de salaire) intervient dans le cadre des mesures d'accompagnement liées à la lutte contre le travail au noir, avec le SECO pour 6,3 inspecteurs destinés à la lutte contre le travail au noir et 7 autres sont partiellement financées au titre du dispositif des mesures d'accompagnement. La base légale est celle des conventions de collaboration.

En réponse à la demande d'un député (PLR), l'employeur de droit de ces inspecteurs du bâtiment est la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE).

Conclusion

Cette proposition de motion a permis à la commission de se pencher une fois encore sur la problématique du travail au noir, du dumping salarial, des mesures d'accompagnements et des problèmes liés à une sous-traitance non maitrisée. La majorité de cette commission a jugé les invites impraticables et soulevé la complexité de leurs éventuelles mises en œuvre.

Il est également utile de rappeler que, s'il n'existe pas de liste positive des entreprises recommandées, il existe a contrario une liste négative remise à jour en continu (application de l'article 45 LIRT) qui peut être consultée par les autorités adjudicatrices. Cette liste est beaucoup plus complète que la seule référence à la liste fédérale.

Il est également souligné qu'à Genève la délivrance d'une attestation multipack permet de vérifier la conformité à l'ensemble des exigences auquel l'entreprise doit naturellement se plier, notamment celles liées aux assurances sociales et d'annoncer ses sous-traitants.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que la seule focalisation sur le prix ne paraît pas raisonnable à long terme tant il est nécessaire de prendre en compte d'autres critères comme la <u>formation professionnelle</u>, le nombre de travailleurs en rapport au montant de l'adjudication, le respect des normes sociales et environnementales.

La Présidente met au vote la M 2053 :

Vote sur la M2053

Pour : 2 OUI (2 MCG)
Contre : 10 NON (2 S, 2 R, 3 L, 1 PDC, 2 Ve)
Abstention : –

Au bénéfice de ces explications, la majorité de la Commission de l'économie vous recommande de refuser l'entrée en matière sur cette proposition de motion et suggère la catégorie de débats II.

Proposition de motion
(2053)

demandant de renforcer la lutte contre le dumping salarial et le travail au noir dans les marchés publics par la consultation des associations professionnelles intéressées

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
considérant :

– que l'emploi illégal et le dumping salarial doivent être réprimés ;
– que le recours à ces procédés entraîne une distorsion de la concurrence ;
– que les entreprises ne respectant pas les conventions collectives ou les usages de la profession doivent être tenues à l'écart des marchés publics ;
– que Genève doit poursuivre et intensifier ses efforts de lutte contre le travail au noir ;
– que la libre circulation des personnes a entraîné une multiplication des cas de dumping salarial ;
– que les associations patronales et syndicales connaissent très bien le terrain ;
– que ces associations savent en général qui sont les entreprises suspectes ou indélicates ;
– que les partenaires sociaux devraient avoir un droit de regard lors des adjudications pour s'assurer que les soumissionnaires et les sous-traitants respectent les conditions pour être admis à soumissionner ;
– que l'Etat devrait consulter syndicats et patronats avant d'attribuer un marché public ;
– que cette consultation doit s'étendre à l'entreprise adjudicataire et à ses sous-traitants ;
– que le canton de Vaud connaît un tel mécanisme et qu'il s'applique sans complications ;

invite le Conseil d'Etat

– à tenir avec les associations professionnelles intéressées des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés pouvant présenter une offre ;
– à tenir avec les associations professionnelles intéressées des listes permanentes de sous-traitants qualifiés pouvant participer à l'offre d'un soumissionnaire ;
– à consulter systématiquement pour accord les associations professionnelles intéressées en cas d'absence d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant sur les listes permanentes.

ANNEXE 1

UAPG
UNION DES ASSOCIATIONS PATRONALES GENEVOISES

Audition devant la commission de l'économie du Grand Conseil au sujet de la motion M 2053 demandant de renforcer la lutte contre le dumping salarial et le travail au noir dans les marchés publics par la consultation des organisations professionnelles intéressées

Lundi 30 avril 2012

C'est avec un intérêt que notre Union s'est penchée sur la motion proposée. La problématique des marchés publics est en effet une préoccupation constante pour nos fédérations, et nous ne pouvons qu'approuver l'attention que les députés lui portent.

La présente proposition vise à mettre sur pied un registre des entreprises autorisées à soumissionner, registre qui serait en mains des associations professionnelles, lesquelles seraient au surplus systématiquement consultées. Pour arriver à cette conclusion, les députés signataires de la motion mettent en avant plusieurs éléments, dans les considérants. Permettez-nous un bref commentaire sur ces derniers.

L'UAPG ne peut qu'adhérer aux considérations relatives au travail au noir, au dumping salarial et à leurs conséquences néfastes, sur un plan économique comme social ou fiscal. Elle est également sensible à ses effets sur la concurrence déloyale et le biais dans le bon fonctionnement du marché que cela introduit A ce propos, rappelons que notre Union participe activement dans le cadre du partenariat social à lutter contre ces fléaux, notamment par sa participation au groupe de travail CGAS/UAPG sur le travail au noir ainsi qu'à la Commission des mesures d'accompagnement, au groupe exploratoire, aux commissions paritaires, sans oublier son soutien à la conclusion de conventions collectives de travail (CCT), de conventions étendues ou encore de l'édiction de contrats type de travail (CTT). Elle apprécie également que la connaissance du terrain tant des associations patronales que syndicales soit reconnue.

Elle s'interroge néanmoins sur le droit de regard des partenaires sociaux sur la politique d'adjudication des marchés publics. Il s'agit de prérogatives publiques, qui n'ont a priori pas à être déléguées. Il convient que chaque acteur reste dans son rôle. Au surplus, les associations professionnelles, totalement privées, sont soumises à la liberté d'association. S'agissant des sous-traitants, la même problématique se pose, en précisant que ces derniers ne sont bien souvent pas connus au moment de l'adjudication et que le maitre d'ouvrage n'a aucun lien contractuel avec eux.

Par ailleurs, l'UAPG s'inscrit en faux contre la corrélation opérée entre libre circulation des personnes et multiplication des cas de dumping salarial sinon pour dire que c'est depuis l'entrée en vigueur de la libre circulation et des mesures d'accompagnement que nous disposons de moyens aptes à détecter et éradiquer le travail au noir. Les partenaires sociaux

ne disposaient à l'évidence pas au préalable des mêmes moyens leur permettant de détecter les cas problématiques – ce qui ne signifie pas qu'ils n'existaient pas – et ne disposaient pas davantage des outils nécessaires pour les combattre.

Pour ce qui concerne les invites de la motion, l'UAPG est pour le moins réservée. D'une part, elle constate qu'il n'est plus fait référence aux partenaires sociaux, mais aux associations professionnelles. D'ordinaire, ce terme désigne les associations patronales. Cette limitation est donc contraire à l'esprit du partenariat et du dialogue social et il conviendrait le cas échéant d'étendre la mesure aux organisations syndicales représentatives.

En outre, elle doute de la conformité d'une liste de soumissionnaires qualifiés avec la législation en matière de cartels. L'association professionnelle pourrait être suspectée de bloquer l'accès aux marchés publics à des entreprises non membres. Rappelons que la Constitution fédérale garantit la liberté d'association, et une entreprise doit donc rester libre d'adhérer ou non à une association, qu'elle quelle soit. Le canton de Vaud auquel la motion fait référence connaissait par le passé un tel registre des entreprises, mais il y a été renoncé en raison de son caractère potentiellement cartellaire mais également en raison des énormes problèmes d'application que cela posait. Le système a laissé place à une consultation des commissions paritaires, à bien plaire, sans aucune base légale, réglementaire ou conventionnelle, qui semble plus adaptée et de gestion plus souple. Qui plus est, si une entreprise est dans le collimateur des partenaires sociaux et annoncée comme telle à l'autorité adjudicatrice, cela n'a aucune conséquence automatique. Précisons encore que le système vaudois ne fonctionne qu'avec l'Etat de Vaud, mais pas avec les autres autorités adjudicatrices du canton.

En outre, il convient de souligner les rôles de chacun. Ceux d'une association professionnelle visent avant tout à défendre l'intérêt de ses membres, dans quelque domaine que ce soit (conditions cadre, fiscalité, formation professionnelle, etc). Celui qui est proposé à travers cette motion relève davantage de la mission de l'Etat. Les rôles ne doivent pas être confondus.

Enfin, rappelons que les marchés publics répondent à certaines exigences, dont celles de l'ouverture. Comme cela est rappelé dans les considérants, les partenaires sociaux ont une bonne connaissance du terrain local. Ils ne peuvent en revanche connaître l'ensemble des entreprises extérieures au canton qui souhaitent participer aux adjudications. Le registre des soumissionnaires qualifiés ne pourrait donc être que partiel.

A toutes fins utiles, rappelons que les partenaires sociaux exercent d'ores et déjà un important contrôle en matière de marchés publics. D'une part, ils élaborent et diffusent des listes noires d'entreprises ; d'autre part, ils examinent tous les procès-verbaux d'ouverture des offres. Ils sont également très impliqués au sein de la commission consultative sur les marchés publics. Ils sont par ailleurs des interlocuteurs privilégiés des différents départements et autorités qui s'occupent de marchés publics. Pour le surplus, leur système de contrôle paritaire des chantiers s'applique bien évidemment aussi aux marchés publics.

L'UAPG est reconnaissante de l'intérêt porté à la problématique des marchés publics. Elle estime toutefois que la motion ne s'attaque pas aux vrais problèmes. Pour les entreprises genevoises, il s'agit bien moins de protéger le marché par des mesures qui peuvent être

qualifiées de protectionnistes que de se pencher sur la prépondérance donnée à la question des coûts. Il n'est malheureusement pas rare que ce soit l'entreprise la moins disante qui emporte le marché, sans autre considération. Il importe que les autorités adjudicatrices étendent leur réflexion à d'autres éléments, comme celui de l'apport indirect de l'entreprise pour la collectivité (retombées fiscales, participation à l'effort de formation professionnelle, empreinte écologique, etc), et qu'elles soient davantage attentives à la structure de l'entreprise choisie. Attribuer un marché à une entreprise manifestement insuffisamment structurée pour pouvoir assumer le mandat, qui plus est à un prix défiant toute concurrence, augmente la probabilité de sous-traitance (éventuellement en cascade) et comporte un risque plus élevé de non respect des conditions salariales, voire de travail au noir. On constate en effet une tendance récurrente à ne se focaliser que sur le prix, lors de l'attribution d'un marché, en occultant notamment la capacité de l'entreprise à faire les travaux elle-même. Cette dérive est même observée en matière de logements sociaux, où tout est bon pour faire tourner les plans financiers et garantir in fine des loyers bas.

Le mérite de cette motion aurait pu être d'ouvrir le débat sur cette question. Les partenaires sociaux ont déjà saisi ce dossier et apprécieraient que celui-ci soit relayé par les députés. Pour rappel, les suites données à la motion M 1712 se font attendre.

En vous remerciant de votre attention, nous nous tenons à votre disposition pour d'éventuelles questions.

Nicolas Rufener
Secrétaire général de la FMB

Stéphanie Ruegsegger
Dir. adj DPG, FER Genève

ANNEXE 2

Communauté genevoise d'action syndicale
Organisation faîtière regroupant l'ensemble des syndicats de la République et canton de Genève // info@cgas.ch
Rue des Terreaux-du-Temple 6, 1201 Genève - tél. 0041 22 731 84 30 fax 731 87 06 - ccp 85-412318-9

Marchés publics à Genève : principes et orientations de la CGAS

La problématique des marchés publics est devenue un enjeu majeur pour des revendications en matière de protection des conditions de travail à Genève. Les syndicats qui composent la CGAS sont représentés dans plusieurs instances à l'échelle cantonale (commission consultative sur les marchés publics L 605-CEVA, Ville de Genève). A composition variable, mais en présence de partenaires sociaux, ces instances permettent des débats et travaux parfois innovants.

La CGAS a ainsi décidé de se doter d'une charte précisant les principes et orientations syndicale en matière de marchés publics.

Les syndicats insistent sur l'exigence d'exemplarité des entités publique dans leurs processus d'adjudications. Les marchés publics représentent un lieu d'expérimentations et d'innovations sociales unique, pour les étendre ensuite au marché privé à travers des CCT, des règles et pratiques contractuelles.

Les syndicats précisent qu'ils ne partagent pas l'approche libérale d'externalisation des services publics. Confrontés à des infractions majeures des conditions de travail dans certains marchés publics, ils rappellent que la voie d'une internalisation doit rester possible pour mettre fin au non-respect des conditions de travail et de salaire qui diminuent la qualité du service au public et par conséquent l'image des collectivités publiques.

Dans leur approche des marchés publics, les syndicats sont souvent tiraillés entre une volonté légitime de transparence dans l'utilisation de deniers publics et d'autres fins légitimes en matière de politique économique et d'économie locale, mais juridiquement plus délicates,

Sur le plan cantonal, de nombreuses thématiques d'intérêt syndical ont fait l'objet de débats ces dernières années pour la mise en place de nouvelles pratiques administratives en matière de marchés publics, avec plus ou moins de succès.

Les moyens généralement proposés concernent l'instauration de nouveaux critères de pondération des offres pour l'adjudication de marchés publics. Il importe en effet d'introduire des critères qui doivent permettre de choisir l'offre la mieux disante non seulement économiquement, mais encore socialement ou sur le plan environnemental.

Un autre moyen vise à la remise de documents sur la gestion de l'entreprise. Il faut rappeler à cet effet que de très nombreux documents et engagements sont aujourd'hui légalement exigés des adjudicataires en matière de paiement des charges sociales, de la fiscalité, etc. Chaque demande supplémentaire de documents ou de contrôle soulève de nombreuses oppositions, sauf lorsque les partenaires sociaux y voient un intérêt commun, par exemple en terme de lutte contre la concurrence déloyale.

Au-delà des proclamations et autres échéances électorales, la CGAS défend les principes et orientations suivantes :

1. ENJEUX DE TRANSPARENCE GLOBALE

a) Pour une commission sur les marchés publics à l'échelle cantonale

Il importe de dépasser le seul champ de la construction ou de la Ville de Genève pour s'intéresser aux pratiques dans les autres domaines soumis aux lois sur les marchés publics comme les marchés de fournitures et services.

Cette demande n'a pour l'instant pas reçu d'écho favorable, car elle implique une supervision globale des pratiques de chaque département de l'administration cantonale. Cette commission devrait également s'intéresser au respect des procédures de marchés publics par les Communes et autres entités soumises aux marchés publics, mais peu enclines à les suivre soit par faute de moyens (personnel formé), soit par habitude clientéliste.

> Principe : Création à l'échelle cantonale d'une commission consultative unique sur les marchés publics intégrant les marchés de constructions, de fournitures et services

b) Pour une exemplarité des marchés publics: Dissuasion et sanction

Malgré les innombrables règles sur les conditions contractuelles exemplaires offertes dans le cadre des marchés publics, il n'est pas rare de débusquer des entreprises qui violent ces règles sans provoquer des réactions immédiates de l'entité adjudicatrice: ce manque de réactivité s'explique, car il n'y a rien de moins évident pour une entité publique que de casser par exemple le contrat d'une entreprise de construction avec pour effet d'interrompre un chantier urgent.

Quelle que soit la violation des règlements (non paiement de charges sociales, discrimination de genre, etc.), nous n'avons jamais observé une décision courageuse de ce type, qui aurait pourtant un effet dissuasif certain. Il est urgent que des sanctions sévères et des procédures en dommages et intérêts soient engagées lors de violations des conditions de travail (CCT, charges sociales, etc.).

Principe: Sanctions et rupture immédiates par les entités publiques des contrats en cas de violation des règles sur les marchés publics, même si cela implique des retards et autres désagréments pour la collectivité.

c) Pour un renforcement de la transparence: les syndicats ont un rôle à jouer

Une plateforme d'analyse des dossiers de soumissions devrait être mise en place avec la participation des syndicats pour écarter les entreprises non respectueuses des conventions collectives de travail, sur la base d'infractions établies par les commissions paritaires. Un regard particulier serait ainsi porté sur la chaîne de sous-traitance annoncée par l'entreprise principale. En aucun cas, cette plateforme ne devrait être justifiée par l'application de la LTN comme dans le canton de Vaud.

De même, les ouvertures de soumissions publiques devraient être systématiquement communiquées aux syndicats pour déceler ces mêmes entreprises en infraction, à l'instar de ce qui est pratiqué dans le secteur de la construction par le DCTI et la Ville de Genève.

Principe: Participation des syndicats à l'analyse des soumissions sous l'angle des infractions aux CCT et communication rapide dès l'ouverture des soumissions. Renforcement du rôle des syndicats dans le contrôle des conditions de travail et la dénonciation des infractions.

2. ENJEUX THEMATIQUES

a) La formation professionnelle

Un sous groupe tripartite de travail a discuté en 2008 l'introduction dans l'attribution de marchés publics d'un critère tenant compte des efforts des entreprises en matière de formation professionnelle. Ce groupe a recommandé une phase d'expérience pour en mesurer l'impact et les effets pervers avant de légiférer. Il est en effet possible que les entreprises hors cantons soient favorisées par une telle mesure, car formant davantage d'apprentis qu'à Genève pour différentes raisons objectives, notamment par l'existence ou non de filières duales pour l'obtention d'un CFC.

Se pose également le problème du contrôle concret de ces déclarations de formation dans les entreprises.

Le DCTI a suivi les recommandations par une directive interne au Département qui introduit un critère de formation professionnelle selon l'échelle vaudoise T7 (nombre d'apprentis dans les 5 dernières années en proportion de la taille de l'entreprise). Ce critère est pondéré au maximum de 5% dans l'attribution d'un marché.

Principe: Demander au DCTI un bilan de l'introduction du critère de la formation professionnelle puis légiférer plus globalement. Une fois ce

bilan à disposition, la CGAS édictera ses principes d'introduction et de pondération de la formation professionnelle selon les secteurs.

b) Principe d'égalité homme femme

A l'heure actuelle, la loi fédérale exige des entreprises un engagement par une déclaration sur l'honneur de son respect de l'égalité entre femmes et hommes. Ces déclarations ne sont pas vérifiables et pas fiables

Un outil a été élaboré au niveau fédéral pour une vérification de l'égalité déclarée.

Principe: dans les instances marchés publics, la CGAS exige le développement d'un outil adéquat et applicable à toutes les entreprises, quelles que soit leur taille, contre la discrimination par le genre à l'échelle genevoise. La question des sanctions doit également être abordée.

c) Agenda 21 et développement durable

Plusieurs initiatives ou motions ont récemment été lancées, notamment par une campagne pertinente de la FMB soutenue par les syndicats de la construction pour introduire des critères favorisant les entreprises répondant aux normes de développement durable, en particulier dans la proximité des travailleurs avec leurs chantiers et la gestion des matériaux.

Le risque de discriminer les entreprises non genevoises était si flagrant que les craintes de recours juridiques n'ont pas permis d'expérimenter toutes ces pistes actuellement, hormis des règlements très précis sur l'élimination des déchets de construction.

Actuellement, une déclaration d'engagement du respect des principes de développement durable est exigée de la Centrale des achats pour le marché des fournitures et services. Comme pour l'égalité hommes/femmes, les déclarations sur l'honneur ne sont pas vérifiables et pas fiables.

Principe: Exiger l'introduction d'un critère efficient de développement durable dans les règles de marchés publics

d) La responsabilité solidaire et la lutte contre la sous-traitance en cascade

Un groupe de travail tripartite de la L605 travaille actuellement sur l'introduction de la responsabilité solidaire dans les contrats du CEVA, de sorte que les entreprises principales soient solidaires des créances salariales, issues de leurs entreprises sous-traitantes.

Une proposition syndicale vise à considérer d'éventuelles créances salariales de travailleurs lésés par une chaîne de sous-traitance en cascade au même titre qu'une malfaçon faite au maître de l'ouvrage et de profiter ainsi de ponctionner la garantie financière d'exécution fournie par l'entreprise principale dans le cadre de chaque contrat.

Une clause de responsabilité solidaire existe depuis 2010 dans les contrats de construction TPG sans représenter une applicabilité évidente. En 2010, le Canton de Vaud a quant à lui tout bonnement interdit à l'entreprise principale de contracter avec plus d'un sous-traitant.

> Principe: Explorer dans les diverses instances l'étude des mécanismes concrets de mise en place du concept de responsabilité solidaire réellement efficace et empêchant toute entorse aux conditions de travail et de salaire. A défaut, défendre l'introduction d'une interdiction de sous-traitance au deuxième niveau.

e) Introduction de salaires minimaux

De récents conflits concernant le montant des salaires de salariés de services externalisés par des collectivités publiques ou para étatiques (Aéroport, Ville de Genève), ont mis en évidence le non-respect de catégories salariales fixées par la CCT et les bas salaires qui existent dans de nombreuses professions et secteurs, soumis ou pas à des CCT. Aussi, la différence est importante avec les salaires versés, pour la même profession, au personnel des collectivités publiques ou paras étatiques.

Pour terminer, la méthode actuelle de définition des Usages est insatisfaisante sous l'angle des salaires retenus et lacunaires sous l'angle des secteurs courts.

Toute personne travaillant à temps plein doit pouvoir vivre décemment de son salaire. Les syndicats ont fait de la revendication d'un salaire minimum légal pour vivre décemment en Suisse et à Genève une de leurs priorités consacrées par le lancement d'une initiative populaire fédérale le 25 janvier 2011.

Les inégalités entre hauts et bas salaires s'accroissent à Genève. Les collectivités publiques doivent être exemplaires en matière salariale, ne doivent pas tolérer des salaires indécents ni l'accroissement des inégalités.

> Principe: exiger un salaire minimum interprofessionnel pour l'ensemble des travailleurs sous-traitants des collectivités publiques, exiger l'égalité de traitement pour tous-tes, et viser l'internalisation des tâches qui peuvent l'être. A défaut, revoir les règles de détermination des salaires en usages, les constater pour l'ensemble des secteurs professionnels, renforcer les contrôles.

f) Respect de l'ancienneté lors de la passation de marchés publics

Cette problématique est particulièrement vive pour les travailleurs-ses qui travaillent dans un même lieu pendant des années pour des entreprises différentes en stagnant au minimum conventionnel.

Cette réalité est rendue possible par la mise en soumission régulière de contrats de nettoyage par exemple, sans obligation de reprendre le personnel avec leur ancienneté.

Si ces remises en soumissions publiques régulières sont souhaitables pour empêcher le monopole d'une seule entreprise, il est scandaleux d'observer que les travailleurs-ses sont les seul-es perdant-es de cette opération.

Principe: Exiger l'obligation de reprise du personnel en place lors de passation de marchés publics avec respect de leur ancienneté, comme dans le cas de transfert d'activités.

Ce document a été approuvé par le Comité CGAS du 17 février 2011.

Alessandro PELIZZARI, président CGAS
le 28 février 2011

Manuela CATTANI, vice-présidente CGAS

Documentation

Pour consulter les textes légaux, rejoindre le site simap.ch (site internet centralisant les offres et adjudications des marchés publics):

HYPERLINK "https://www.simap.ch/shabforms/COMMON/application/applicationGrid.jsp?template=1&view=6&page=/MULTILANGUAGE/simap/content/lawful.jsp" \l "GE" https://www.simap.ch/shabforms/COMMON/application/applicationGrid.jsp?template=1&view=6&page=/MULTILANGUAGE/simap/content/lawful.jsp#GE