

Proposition présentée par les députés :

*M^{me} et MM. Pierre Bayenet, Jocelyne Haller, Olivier Baud,
Pierre Vanek*

Date de dépôt : 10 mars 2020

Proposition de motion

pour l'application de critères relatifs aux salaires, à la liberté syndicale et à la formation d'apprentis lors de l'attribution de marchés publics

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

- les arrêts du Tribunal fédéral ATF 129 I 313 et ATF 140 I 285 ;
- l'article 3 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 ;
- l'article 43 du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 ;
- l'article 143 lettre a chiffre 2 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985,

invite le Conseil d'Etat

à modifier l'article 43 alinéa 4 du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007, en y ajoutant les lettres e, f, g et h suivantes :

- e) le niveau des salaires dans l'entreprise, notamment le niveau des salaires les plus bas et l'égalité salariale entre femmes et hommes ;*
- f) la protection des libertés syndicales ;*
- g) la formation d'apprentis ;*
- h) l'écologie.*

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

A. L'AIMP et le RMP

L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) vise à harmoniser les règles de passation des marchés publics conformément à des principes définis en commun par les cantons signataires. Dans la version actuelle de l'AIMP, il appartient aux cantons de déterminer les critères prévalant à l'attribution des marchés, ce que le canton de Genève a fait dans le règlement sur la passation des marchés publics (RMP).

Il faut noter qu'un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics a été élaboré par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP). Ce nouvel accord n'est pas encore entré en vigueur et devra faire l'objet d'une loi cantonale d'adhésion.

L'attribution de marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer en deux catégories :

1. Les critères d'aptitude et les critères de respect des normes légales (art. 13 let. d AIMP), qui visent à assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché et qu'il respecte le droit en vigueur. Le non-respect de ces conditions a pour conséquence l'exclusion pure et simple de l'entreprise du processus d'attribution.

L'AIMP actuel prévoit qu'il appartient aux cantons de fixer ces critères (art. 13 let. d AIMP).

Le RMP genevois prévoit que les soumissionnaires doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et des travailleuses, ainsi que les conditions de travail applicables dans leur secteur d'activité (art. 20 RMP) et le principe de l'égalité entre femmes et hommes (art. 21 RMP). Les conditions de participation incluent la production de la preuve de la couverture d'assurance du personnel, de l'existence d'une CCT ou d'un engagement à respecter les usages salariaux en vigueur, d'une attestation fiscale et d'un engagement à respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes (art. 32 RMP). Pour les marchés de construction, les entreprises doivent être actives depuis plus de 3 ans (art. 33 al. 3 AIMP).

Le futur AIMP prévoit ces règles d'aptitude et de respect de la législation relative à la protection des travailleurs, aux conditions de travail, à l'égalité salariale entre femmes et hommes, et du droit de l'environnement (art. 12 du futur AIMP).

2. Les critères d'adjudication, qui indiquent comment l'offre sera évaluée et choisie. La non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, et peut être compensée par la pondération avec d'autres critères d'adjudication. Dans la pratique, l'autorité indique en pourcentage l'importance de chacun des critères. Il peut exister des critères primaires, qui servent à évaluer le caractère économiquement avantageux de l'offre, et des critères secondaires, qui visent à promouvoir un intérêt public plus large (ATA/713/2013 consid. 12 b).

L'AIMP actuel prévoit qu'il appartient aux cantons de fixer ces critères (art. 13 let. f AIMP).

Le RMP genevois prévoit, à son article 43 alinéa 3, que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Outre le prix, les critères (primaires) suivants peuvent notamment être pris en considération : la qualité, les délais, l'adéquation aux besoins, le service après-vente, l'esthétique, l'organisation, le respect de l'environnement. Pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux, le RMP prévoit à son article 43 alinéa 4 que d'autres critères (secondaires) peuvent entrer en considération : le recrutement de demandeurs d'emploi, la collaboration avec un office régional de placement, l'emploi de personnes handicapées, la stabilité du personnel de l'entreprise.

Le futur AIMP prévoit lui qu'en plus des conditions directement en lien avec la prestation requise, des critères en lien avec le marché du travail pourront être utilisés : l'offre de places de formation professionnelle initiale, de places de travail pour des travailleurs âgés, ou la réinsertion de chômeurs de longue durée.

B. La procédure judiciaire contre la Ville de Genève en lien avec la prise en compte des salaires versés aux employés des entreprises soumissionnaires

En 2011, la Ville de Genève a voulu prendre en compte le niveau des salaires dans une offre de marchés publics de nettoyage. Il était prévu que le niveau du salaire offert était un critère d'adjudication secondaire, avec une

appréciation maximale pour un salaire égal ou supérieur à 25 francs/heure, et une appréciation minimale pour un salaire de 19,35 francs/heure ou inférieur.

Cet appel d'offres a été invalidé par la Chambre administrative de la Cour de justice dans son arrêt du 29 octobre 2013, ATA/713/2013. La Cour a relevé que ce critère secondaire n'avait pas de base légale, et qu'il aurait pour effet une augmentation du prix des offres, ce qui était contraire au but de l'AIMP. La Cour a encore estimé que la pondération choisie privilégiait trop le critère du niveau des salaires.

Saisi d'un recours de la Ville de Genève, le Tribunal fédéral a retenu, dans son arrêt du 24 septembre 2014, que l'AIMP n'excluait pas les critères de nature environnementale ou sociale qui n'avaient qu'un lien indirect avec le marché (ATF 140 I 285). Il a rappelé que la plupart dans cantons [à l'exception notable de Genève] l'avaient fait, s'agissant du critère des apprentis. Toutefois, le Tribunal fédéral a relevé que le RMP ne prévoyait pas expressément la possibilité de tenir compte du niveau des salaires. Il en a conclu :

Il en découle qu'en l'absence d'une base légale expresse, l'arrêt attaqué, qui refuse à la Ville de Genève l'utilisation du critère du niveau des salaires dont le lien avec le marché n'a pas été établi, ne saurait apparaître comme contraire à l'art. 9 Cst [arbitraire]. (...) Le critère d'adjudication portant sur la rémunération peut ainsi sans arbitraire apparaître comme non admissible à défaut de base légale expresse l'autorisant. (ATF 140 I 285 consid. 7.3 et 7.4)

C. Les objets parlementaires précédents

Avant 2006, différents objets ont été traités par le Grand Conseil, invitant le Conseil d'Etat à mettre en œuvre une politique de développement durable dans les appels d'offres (P 925, P 1050, M 973, M 989, M 1288).

Le 22 septembre 2006, des députées et députés PDC ont déposé une motion M 1712 pour une politique de soumission et d'adjudication durable et non plus basée sur le seul prix, invitant le Conseil d'Etat à prendre en compte des éléments tels que la formation professionnelle (transmission des savoir-faire et offres d'apprentissage), le maintien de l'emploi, l'application de conditions de travail modernes et attrayantes, la proximité, le respect des règles en matière d'hygiène et de sécurité, lors de l'attribution des marchés. En substance, la motion visait à favoriser les entreprises locales. La motion a été adoptée le 3 mai 2007. Dans son rapport du 26 août 2010, le Conseil d'Etat a indiqué que, depuis avril 2009, le DCTI utilisait le critère de la

formation professionnelle ou continue avec une pondération de 5% [bien que le critère ne soit pas mentionné dans le règlement]. Différentes directives écologiques étaient intégrées au cahier des charges des soumissions et étaient donc contraignantes.

Le 27 avril 2009, les députés Guy Mettan, Michel Forni et François Gillet ont déposé une motion M 1883 qui invitait le Conseil d'Etat à prendre toute mesure utile pour modifier l'AIMP de façon à ce que les critères de respect de l'environnement comptent au moins pour 30% dans un premier temps, dans la pondération des critères d'attribution des marchés publics, et à intervenir auprès des autorités fédérales pour que la loi fédérale et les accords tiennent mieux compte de l'environnement. Cette motion a été rejetée le 18 septembre 2009.

Le 12 avril 2009, des députées et des députés PDC et PLR ont déposé une motion M 1947 visant à ce que les critères d'adjudication de chantiers concrétisent une politique d'utilisation systématique de matériaux recyclés ou valorisés.

Le 22 septembre 2011, la commission de l'environnement et de l'agriculture a présenté une motion M 2027 pour une politique d'écologie industrielle volontariste dans le domaine de la construction et des infrastructures, qui invitait le Conseil d'Etat à appliquer des conditions de soumission et d'adjudication permettant de concrétiser une politique de développement durable. Cette motion a été renvoyée au Conseil d'Etat le 14 octobre 2011.

Le 16 septembre 2013, plusieurs députées et députés Verts ont déposé une motion M 2169 pour une meilleure pondération des critères sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics et un soutien aux petites et moyennes entreprises genevoises lors des soumissions. Cette motion demandait au Conseil d'Etat d'intégrer des critères sociaux, notamment la formation ou l'emploi de personnes souffrant d'un handicap, dans la liste des critères pris en considération lors de l'adjudication d'un marché public, ainsi que d'augmenter la pondération des critères sociaux et environnementaux. Dans son rapport, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il modifierait le RMP pour permettre aux autorités adjudicatrices de tenir compte de l'intégration des handicapés et des demandeurs d'emploi. Le Conseil d'Etat a également indiqué qu'il excluait systématiquement les prestataires n'étant pas en mesure d'attester du respect des conditions de travail en vigueur et du paiement des cotisations sociales, qu'il tenait compte de l'effort déployé en faveur de la formation, qu'il intégrait dans le cahier des charges des directives écologiques contraignantes. Il a renvoyé, s'agissant

des conditions salariales dans le domaine du nettoyage, à la réponse donnée à la P 1932.

La pétition P 1932 a été déposée le 19 janvier 2015 par des enseignants choqués de découvrir que des employés d'une société de nettoyage dans leur établissement avaient été licenciés puis réengagés à un salaire mensuel diminué de 700 francs, passant de 4000 à 3300 francs par mois. En réaction à cette pétition, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il imposerait désormais aux entreprises de nettoyages soumissionnaires de n'engager que du personnel appartenant à la catégorie E2 telle que définie dans la CCT (personnel titulaire d'un diplôme de formation professionnelle du personnel d'entretien), ce afin d'assurer au personnel un meilleur revenu.

D. La nécessité de permettre une prise en compte des salaires dans les critères d'adjudication

La situation actuelle est problématique sous deux angles :

Premièrement, les critères sociaux sont uniquement, et strictement, liés, au respect de la loi, des conventions collectives ou des usages. Il n'est donc pas possible pour une collectivité publique, qui souhaiterait des conditions de travail plus favorable que la loi, que les conventions collectives ou que les usages, d'en tenir compte dans les critères d'attribution.

Compte tenu du fait que le prix du marché est le critère déterminant pour l'attribution, il est évident que les entreprises tentent de réduire ce prix, et alignent donc l'ensemble des salaires sur le minimum légal, conventionnel ou usuel.

Le système actuel a donc pour conséquence d'empêcher les employeurs qui souhaitent obtenir des marchés publics de rémunérer leurs employés au-delà du minimum légal, conventionnel ou usuel. Un employeur qui relèverait les salaires serait défavorisé, car la collectivité publique ne pourrait pas tenir compte de cet effort, toute répercussion de la hausse des salaires sur le prix du marché conduisant automatiquement à ce que le soumissionnaire soit écarté.

Deuxièmement, il n'existe toutefois pas nécessairement de CCT ou d'usages établis par l'OCIRT pour toutes les branches économiques. Il existe donc le risque que certains domaines soient hors CCT et hors usage, avec pour conséquence que l'engagement à respecter la loi, la CCT ou l'usage soit sans effet.

Il faut que les collectivités publiques puissent favoriser les entreprises qui offrent de meilleures conditions de travail à leurs employés. Ce faisant, elles

diminuent le risque de créer des *working poors*, elles diminuent le recours aux prestations complémentaires famille, elles améliorent les attentes d'assurance-vieillesse des travailleurs, et, de manière plus générale, elles favorisent des conditions de travail dignes. Nous vous prions donc de réserver un bon accueil à la présente motion.