

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt : 1^{er} mars 2017

Projet de loi

modifiant la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (L-AIMP) (L 6 05.0)

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

Art. 1 Modifications

La loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, est modifiée comme suit :

Art. 2 Sanctions et mesures administratives (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ En cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'adjudicateur peut infliger les sanctions suivantes :

- a) l'exclusion de la procédure;
- b) la révocation de l'adjudication;
- c) une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10% du prix total du marché.

² En cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail peut en outre prononcer à l'encontre des entreprises en infraction les sanctions prévues par la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004.

³ Sur préavis de la commission instituée par l'article 5, alinéa 2, le Conseil d'Etat peut exclure un prestataire de tous les marchés publics pour 5 ans au plus, si ce dernier a commis des violations répétées du droit des marchés publics ou d'autres infractions graves dans le cadre de son activité professionnelle.

⁴ Pour les marchés de construction, si une entreprise participant à l'exécution du marché refuse de collaborer avec l'adjudicateur ou avec les organes de contrôle visés à l'article 5, alinéa 3, respectivement les commissions paritaires chargées du contrôle par délégation, elle peut se voir refuser l'accès au chantier. Il en va de même si l'entreprise ne peut prouver qu'elle respecte ses obligations relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.

⁵ Les sanctions sont infligées en tenant compte de la gravité de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Les sanctions et les mesures peuvent être cumulées.

Art. 3A (nouvelle teneur)

Les recours à la chambre administrative de la Cour de justice contre les sanctions prévues à l'article 2, alinéas 1, lettre c, 2 et 3, sont régis par la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, notamment en ce qui concerne l'effet suspensif et le délai de recours.

Art. 5 Vérification (nouvelle teneur avec modification de la note)

Dispositions sur la passation des marchés

¹ La vérification du respect des dispositions en matière de marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs incombe à leurs autorités de surveillance et aux organes instaurés par la loi sur la surveillance de l'Etat, du 13 mars 2014.

² Le Conseil d'Etat nomme une commission consultative chargée de traiter des thématiques liées à l'application de l'accord intercantonal.

Conditions de travail et de salaire

³ La vérification du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes incombe aux organes instaurés par la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2004, respectivement aux commissions paritaires chargées du contrôle par délégation. Les soumissionnaires et entreprises participant à l'exécution du marché sont tenus de collaborer; ils doivent notamment mettre à la disposition desdits organes tous les documents nécessaires au contrôle.

⁴ En cas de violations importantes, la coordination des actions à entreprendre est assurée par la commission pour la surveillance des marchés publics, instituée par l'article 16 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992.

Art. 2 Modification à une autre loi

La loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992 (J 2 05), est modifiée comme suit :

Art. 16, al. 2, lettre d (nouvelle)

² Les commissions suivantes, notamment, dépendent du conseil :

- d) la commission pour la surveillance des marchés publics chargée de coordonner les actions à entreprendre en cas de violation importante des conditions de travail ou de salaire par des entreprises actives sur des marchés publics.

Art. 3 Entrée en vigueur

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

Certifié conforme

La chancelière d'Etat : Anja WYDEN GUELPA

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Sous l'impulsion des partenaires sociaux de la construction, le Conseil d'Etat a mené un projet de lutte contre la sous-traitance abusive et le dumping salarial sur les marchés publics. Le 5 février 2014, il a adopté une première modification du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 (RMP), introduisant une obligation d'annonce des sous-traitants et renforçant la collaboration entre les maîtres d'ouvrages et l'OCIRT en matière de contrôle.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat propose un deuxième train de mesures qui contient notamment un renforcement des mécanismes de sanctions et qui implique, par conséquent, une modification de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (L-AIMP).

1. Les lacunes de l'article 2 L-AIMP

L'article 2 L-AIMP prévoit qu'en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut infliger les sanctions suivantes :

- l'exclusion de la procédure;
- la révocation de l'adjudication;
- le prononcé d'une amende administrative jusqu'à 60 000 F;
- l'exclusion pendant une période n'excédant pas 5 ans de la participation à tous ses marchés.

On observe que l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication sont des outils utilisés par les autorités adjudicatrices, mais que l'amende et l'exclusion des marchés n'ont rarement, voire jamais été infligées depuis l'entrée en vigueur de cette disposition en 1997.

Sur la base de l'article 45 de la loi sur l'inspection et les relations au travail, du 12 mars 2004 (LIRT), l'OCIRT peut refuser la délivrance de l'attestation justifiant qu'une entreprise a pris un engagement à respecter les usages en vigueur dans sa branche, ce qui la prive de sa faculté de soumissionner pour une collectivité publique. Il n'existe cependant aucune relation entre cette sanction et celles de la L-AIMP.

Par ailleurs, l'exclusion pendant une certaine période de la participation à des marchés publics n'a de sens que si elle s'applique à l'échelle du canton.

Selon le régime actuel, si une entreprise est exclue par une commune, cela ne l'empêche pas de soumissionner pour la commune voisine.

2. Les modifications proposées

Sur la base de ces constats et sur proposition de la commission consultative instituée par le règlement sur la passation des marchés publics (ci-après : la commission consultative), le Conseil d'Etat propose de mettre en place un nouveau mécanisme de sanctions, avec trois entités compétentes :

- **l'autorité adjudicatrice** qui continue à infliger des sanctions en lien avec la procédure qu'elle conduit, (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication), tout en gardant la possibilité de prononcer une amende administrative. Dorénavant, l'amende pourra atteindre 10% du prix total du marché;
- **l'OCIRT** qui, en cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, pourra infliger les sanctions prévues par la LIRT;
- **le Conseil d'Etat** qui, dans des cas graves, sur préavis de la commission consultative, pourra exclure un prestataire de tous les marchés publics du canton pour une durée de 5 ans au plus.

Le projet introduit également une nouvelle mesure, applicable pour les marchés de construction.

Elle consiste à exclure une entreprise du chantier si elle refuse de collaborer avec l'adjudicateur, avec l'OCIRT ou les commissions paritaires chargées du contrôle par délégation, ou si elle ne peut prouver qu'elle respecte ses obligations relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.

Ces propositions, intégrées dans la loi, seront complétées par diverses dispositions d'exécution qui trouveront leur place dans le règlement sur la passation des marchés publics (RMP).

3. Création d'une commission de surveillance

En 2014, le Conseil d'Etat a mis en place une cellule de crise pour les marchés publics chargée de réunir rapidement les acteurs concernés en cas de violation importante des conditions de travail sur un marché public. Emanation du conseil de surveillance du marché de l'emploi

(ci-après : CSME), cette cellule est composée de représentants de l'Etat de Genève, des associations professionnelles et des syndicats.

L'utilité d'une telle entité tripartite s'est confirmée et le projet de loi propose d'instaurer de manière plus formelle une commission pour la surveillance des marchés publics. Elle aura pour mission de coordonner les actions à entreprendre en cas de violation importante des conditions de travail ou de salaire par les entreprises actives sur des marchés publics. Il s'agit d'une commission officielle au sens de la loi sur les commissions officielles (LCOF – A 2 20).

4. Commentaire article par article

Art. 2 Sanctions et mesures administratives

La note de l'ancien article 2 a été complétée à cause de l'introduction de la mesure prévue à l'alinéa 4 qui sera commentée ci-dessous. Cette disposition désigne les 3 entités compétentes, respectivement aux alinéas 1, 2 et 3. L'alinéa 1 énumère les sanctions qui peuvent être infligées par l'adjudicateur, soit l'exclusion de la procédure, la révocation de l'adjudication ou l'amende administrative. L'alinéa 2 traite des compétences de l'OCIRT et créé un lien avec la LIRT. Les sanctions relevant de la compétence de l'OCIRT peuvent se cumuler avec celles prononcées par l'autorité adjudicatrice ou le Conseil d'Etat.

La disposition la plus novatrice est l'alinéa 3, qui octroie au Conseil d'Etat la compétence d'exclure un prestataire de tous les marchés du canton pendant une durée n'excédant pas 5 ans. Elle élargit le champ d'application non seulement aux violations du droit des marchés publics, mais également à d'autres infractions, telles que la corruption par exemple. Le règlement d'application devra prévoir une publicité de ces décisions pour leur conférer leur caractère général et contraignant pour toutes les autorités adjudicatrices. Ce mécanisme existe déjà pour les sanctions rendues en application de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005 (LTN; rs/CH 822.41).

Les investigations à l'origine de cette révision ont démontré que dans le domaine de la construction, s'il s'agit d'un chantier de courte durée, la prestation est parfois achevée lorsque les preuves de l'infraction sont enfin réunies. L'introduction à l'alinéa 4 d'une mesure consistant à refuser l'accès au chantier au prestataire qui n'est pas en règle ou qui ne collabore pas permet d'améliorer l'efficacité de la procédure. Cette mesure peut être prise

par l'adjudicataire, par l'OCIRT ou par les commissions paritaires chargées du contrôle par délégation.

L'alinéa 5 reprend le contenu de l'ancien article 2, alinéa 2, et rappelle le principe de la proportionnalité de la sanction.

Art. 3A *Recours contre les sanctions*

Il s'agit d'une modification formelle de l'article existant pour y intégrer les nouvelles sanctions introduites à l'article 2 (voir ci-dessus).

Art. 5 *Vérification*

La note de l'ancien article 5 a été modifiée en référence à celle de l'article 19 AIMP qui est mis en œuvre ici.

Ce dernier stipule :

« Chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication » (art. 19 AIMP).

Il y a quelques années, la Cour des comptes avait remarqué qu'il n'y avait pas, dans le droit genevois, de disposition d'exécution de l'article 19 AIMP.

A l'occasion de cette révision, nous proposons donc, pour le contrôle des pouvoirs adjudicateurs, de renvoyer aux mécanismes de surveillance qui existent, notamment au travers de la loi sur la surveillance de l'Etat, du 13 mars 2014 (D 1 09).

Les questions liées à l'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics peuvent être, d'autre part, soumises à la commission consultative sur les marchés publics, commission officielle tripartite qui regroupe les représentants des principales autorités adjudicatrices, l'OCIRT ainsi que des associations professionnelles et des syndicats.

En ce qui concerne le contrôle des conditions de travail et de salaire, la nouvelle loi rappelle les compétences de l'OCIRT et des autres organes de surveillance instaurés par la LIRT (inspection paritaire des entreprises et commissions paritaires par délégation).

Finalement, l'article 5, alinéa 4 (nouveau), renvoie à la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992 (LSELS), instaurant une commission de surveillance des marchés publics (voir ci-dessous).

Art. 16, al. 2, lettre d (nouvelle) de la LSELS (J 2 05)

Fort de l'expérience de la cellule de crise créée en 2014, le Conseil d'Etat propose d'instaurer de manière plus formelle, une nouvelle commission, rattachée au CSME.

Elle aura pour mission de coordonner les actions à entreprendre, d'instruire les dossiers et de faire des recommandations aux organes compétents (OCIRT, autorités adjudicatrices). Son mode de fonctionnement sera précisé dans un règlement. Elle est au surplus soumise aux dispositions régissant les commissions officielles.

5. Procédure de consultation

Le présent projet de loi a été validé par les membres de la commission consultative sur les marchés publics, dans sa séance du 10 novembre 2016.

A cette occasion, certaines voix minoritaires se sont exprimées, notamment celles de l'Aéroport de Genève qui s'oppose à la compétence en matière de sanction, conférée au Conseil d'Etat, en vertu de l'article 2, alinéa 3 L-AIMP et à la création de la commission de surveillance.

6. Conclusion

Convaincu de la nécessité de se doter d'outils et de mesures performants pour lutter contre la sous-traitance abusive et le dumping salarial, le Conseil d'Etat soumet le présent projet de loi à votre appréciation.

Il prépare par ailleurs une modification du RMP pour définir concrètement les obligations des prestataires vis-à-vis de leurs sous-traitants, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et au cours de l'exécution de la prestation.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.

Annexe :

Planification des charges et revenus de fonctionnement découlant du projet (art. 31 RPFCEB – D 1 05.04)

**PLANIFICATION DES CHARGES ET REVENUS DE FONCTIONNEMENT DÉCOULANT DU PROJET
Projet de loi modifiant la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les
marchés publics (L 6 05.0)**

Projet présenté par Département des finances

(montants annuels, en mio de F)	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	dès 2024
TOTAL charges de fonctionnement	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Charges de personnel [30]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Biens et services et autres charges [31]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Charges financières	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Intérêts [3-4]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Amortissements [33 + 366 - 466]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Subventions [363+369]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Autres charges [30-36]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
TOTAL revenus de fonctionnement	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Revenus [40 à 46]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
RESULTAT NET FONCTIONNEMENT	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

Remarques :

Ce projet de loi n'a pas d'impact financier.

Date et signature du responsable financier :

24.01.2017