

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt : 8 septembre 2021

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 (LAIMP – L 6 05.0), est modifiée comme suit :

Art. 2, al. 1, phrase introductive (nouvelle teneur), lettre d (nouvelle)

¹ En cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et/ou ordonner les mesures suivantes :

- d) le rétablissement d'une situation conforme au droit; la mesure est immédiatement exécutoire.

Art. 4, al. 2 à 7 (nouveaux)

² Il précise notamment les critères d'aptitude et peut, à cet égard, limiter le recours à la sous-traitance et, dans les marchés de construction, le recours au travail temporaire, conformément aux alinéas 3 à 7.

Sous-traitance

³ La sous-traitance nécessite l'accord de l'autorité adjudicatrice, qui en fixe les modalités.

⁴ La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est justifiée par des raisons techniques ou organisationnelles.

Limitation de la main-d'œuvre temporaire pour les marchés de construction

⁵ Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas 6 et 7.

⁶ L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes :

- a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires;
- e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20% de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure).

⁷ Le Conseil d'Etat prévoit des exceptions pour les situations particulières.

Art. 2 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

Certifié conforme

La chancelière d'Etat : Michèle RIGHETTI

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les Députés,

Constatant des excès de recours au travail temporaire sur les chantiers publics, le Conseil d'Etat a adopté en juin 2017 des dispositions réglementaires renforçant, pour les marchés de construction, le critère de l'aptitude organisationnelle des soumissionnaires. Les entreprises devaient être en mesure de réaliser les travaux avec leur propre personnel et la possibilité de recourir au travail temporaire était limitée.

Plusieurs entreprises de location de services ont recouru contre cette modification réglementaire et ont obtenu de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, dans un arrêt du 12 décembre 2018 (ACST/28/2018), l'annulation des nouvelles dispositions. La chambre constitutionnelle de la Cour de justice a notamment considéré que les nouvelles normes portaient atteinte à la liberté économique des soumissionnaires et des agences de placement de personnel, atteinte qui ne reposait pas sur une base légale formelle.

Le présent projet de loi propose de compléter la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997 (L-AIMP; rs/GE L 6 05.0), en intégrant une disposition portant spécifiquement sur l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché et la possibilité de recourir au travail temporaire pour les marchés de construction.

Le présent projet de loi contient également une clause pour le contrôle de la sous-traitance, puisque les règles en la matière sont également dépourvues de base légale formelle à ce jour.

Capacité du soumissionnaire à réaliser le marché

Dans une procédure d'appel d'offres, l'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude lui permettant d'évaluer la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché. Cette évaluation, qui porte notamment sur l'expérience du prestataire, sur sa capacité de production et ses ressources humaines, ne doit pas être faussée, au moment de l'exécution du marché, par un recours trop important à la sous-traitance ou à la main-d'œuvre temporaire.

C'est pourquoi, une limitation de la sous-traitance, notamment de la sous-traitance au deuxième degré, et une restriction du recours au travail temporaire se justifient. Les mesures mises en place doivent cependant rester proportionnées, car, comme l'a indiqué la chambre constitutionnelle de la

Cour de justice dans l'arrêt mentionné plus haut, elles portent atteinte à la liberté économique des entreprises.

Commentaire article par article

Art. 2, al. 1 L-AIMP

L'article 2 L-AIMP porte sur les sanctions et les mesures qui peuvent être prises pendant les procédures d'attribution des marchés publics ou l'exécution des contrats. Pour que le mécanisme de limitation du travail temporaire et de la sous-traitance soit efficace, il convient de compléter les dispositions existantes par une mesure permettant à l'autorité adjudicatrice d'exiger le rétablissement d'une situation conforme au droit. Cela permettra par exemple d'exclure d'un chantier les sous-traitants non autorisés ou les travailleuses ou travailleurs temporaires excédant le nombre admis.

Cette mesure doit être exécutoire nonobstant recours. Elle peut être cumulée avec une sanction en vertu de l'article 2, alinéa 5 *in fine*.

Art. 4, al. 2 L-AIMP

L'article 4 L-AIMP prévoit que le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Cette compétence est d'ailleurs réservée à l'article 3 AIMP. C'est donc l'article 4 L-AIMP que le Conseil d'Etat propose de compléter pour préciser que les règles de passation des marchés publics peuvent contenir une limitation du recours à la sous-traitance et, pour les marchés de construction, au travail temporaire.

L'article 4, alinéa 2, nouveau constitue donc la base légale formelle à la limitation du travail temporaire dont la chambre constitutionnelle de la Cour de justice avait constaté l'absence.

Pour garantir la proportionnalité des dispositions d'exécution, elle est complétée par les nouveaux alinéas 3 à 7.

Art. 4, al. 3 et 4 L-AIMP

En matière de sous-traitance, les règles doivent être fixées par l'autorité adjudicatrice, car elles dépendent de la nature du marché. Il en va ainsi de la limitation de la part de sous-traitance autorisée ou de la nature des prestations qui peuvent être sous-traitées. La prestation caractéristique devrait en général être fournie par le soumissionnaire.

Le présent projet de loi reprend également le contenu de l'article 35, alinéa 6, du règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 (RMP; rs/GE L 6 05.01), qui interdit la sous-traitance au deuxième

degré dans le but d'éviter une perte de contrôle des prestataires affectés à l'exécution du marché, ainsi qu'une dilution des responsabilités. Cette règle doit cependant être assortie d'exceptions, par exemple dans le cadre de l'attribution d'un contrat d'entreprise générale ou d'un marché très complexe exigeant l'intervention ponctuelle de spécialistes.

Art. 4, al. 5 à 7 L-AIMP

Comme indiqué précédemment, la limitation du travail temporaire constitue une restriction de la liberté économique. Elle doit donc reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité.

A cet égard, on notera que les nouvelles dispositions n'ont pas pour but d'interdire le recours à la main-d'œuvre temporaire, mais de s'assurer que la plupart des ouvrières et ouvriers actifs sur un chantier sont employés de l'entreprise adjudicataire, sélectionnée notamment pour ses compétences et ses références. Cette dernière doit cependant pouvoir compléter son effectif par des intérimaires si le déroulement des travaux l'exige, au vu notamment des exigences du maître d'ouvrage en matière de délais d'exécution. La mesure restera donc proportionnée si elle laisse à l'entreprise une flexibilité dans l'organisation de son travail.

Le Conseil d'Etat a également décidé de proposer une limitation du travail temporaire uniquement dans le secteur de la construction, les abus ayant essentiellement été rencontrés dans ce secteur. Les marchés de fournitures ou de services n'entrent pas dans le champ d'application de la nouvelle disposition. On notera par ailleurs que cette restriction ne concerne que les chantiers publics.

La première règle (al. 5) concerne la capacité du soumissionnaire à réaliser la prestation et exige de sa part la justification, au moment du dépôt de son offre, qu'il dispose du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, en respectant la limitation du travail temporaire. En d'autres termes, cela signifie qu'il devrait, pour soumissionner, disposer au sein de son entreprise d'au moins 80% de l'effectif nécessaire au chantier. Cela évite la participation à l'appel d'offres d'entreprises « boîte aux lettres » qui ne disposent pas de personnel fixe.

Au moment de l'exécution de la prestation, les principes suivants encadreront la limitation du travail temporaire :

- la loi fixe à 20% le pourcentage maximum d'employées ou employés temporaires, par rapport aux employées ou employés fixes affectés à l'exécution du marché. Ce taux a été fixé d'entente avec les partenaires sociaux de la construction. Il tient compte des besoins de l'économie tout

en protégeant les travailleuses et travailleurs des abus cités plus haut. Il garantit également la proportionnalité de la limitation en autorisant le recours à la main-d'œuvre temporaire dans une mesure correspondant à la pratique des entreprises;

- lorsqu'une entreprise affecte moins de 21 travailleuses ou travailleurs sur un chantier, la loi fixe des quotas de travailleuses ou travailleurs temporaires par rapport au nombre de travailleuses ou travailleurs fixes actifs sur le chantier. En effet sur un chantier nécessitant 5 ou 6 travailleuses ou travailleurs, cela ne devrait pas poser de problème d'avoir 2 ou 3 intérimaires. Une certaine souplesse d'organisation doit être laissée aux petites entreprises composant l'essentiel du secteur de la construction;
- le Conseil d'Etat pourra prévoir des dérogations en fonction de la nature du marché ou de conditions particulières qui pourraient contraindre l'entreprise à recourir au travail temporaire dans une mesure excédant les limites fixées. Ainsi, et à titre d'exemple, des exceptions pourraient être prévues en raison de circonstances imprévues non imputables à l'entreprise ou en raison de l'obligation de recourir à une ou un spécialiste ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise.

Le fait de fixer ces règles dans la loi garantit une densité normative suffisante de la base légale, ainsi que le respect du principe de proportionnalité, tout en laissant au Conseil d'Etat une marge d'appréciation dans l'élaboration des dispositions d'exécution.

A noter enfin que les proportions prévues à l'article 4, alinéa 6, ont fait l'objet d'une consultation auprès des partenaires sociaux, lesquels ont confirmé leur accord sur lesdites proportions.

Conclusion

Le Conseil d'Etat confirme sa volonté de réglementer le recours au travail temporaire sur les chantiers publics et vous invite à cet effet à adopter une base légale lui conférant cette compétence et ancrant dans la loi, par la même occasion, la limitation de la sous-traitance.

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

Annexe : Tableau comparatif

Tableau comparatif PL L-AIMP

L-AIMP actuellement en vigueur	Modifications proposées	Commentaires
<p>Art. 2 Sanctions et mesures administratives</p> <p>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 :</p> <p>a) l'exclusion de la procédure;</p> <p>b) la révocation de l'adjudication;</p> <p>c) une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10% du prix total du marché.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>	<p>Art. 2. al. 1, phrase introductive (nouveau teneur), lettre d (nouvelle)</p> <p>¹ En cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et /ou ordonner les mesures suivantes :</p> <p>d) le rétablissement d'une situation conforme au droit; la mesure est immédiatement exécutoire.</p>	<p>Afin de respecter la systématique actuelle de la loi, la clause concernant la sanction encourue en cas de non-respect de la limitation du nombre de travailleurs temporaires se trouve à l'art. 2 al. 1 let. d L-AIMP.</p> <p>La mesure consistera à exiger le respect du nombre maximum de travailleurs temporaires admissibles, en excluant les travailleurs dépassant ce nombre ou en leur interdisant l'accès au chantier.</p> <p>Pour qu'elle déploie réellement des effets, cette mesure sera immédiatement exécutoire, même si elle est contestée par l'entreprise.</p>

<p>protection des travailleurs et aux conditions de travail. La décision de refus d'accès au chantier est immédiatement exécutoire.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 4 Dispositions d'exécution</p> <p>Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'accord intercantonal.</p>	
<p>Art. 4, al. 2 à 7 (nouveaux)</p> <p>² Il précise notamment les critères d'aptitude et peut, à cet égard, limiter le recours à la sous-traitance et, dans les marchés de construction, le recours au travail temporaire, conformément aux alinéas 3 à 7.</p> <p>Sous-traitance</p> <p>³ La sous-traitance nécessite l'accord de l'autorité adjudicatrice qui en fixe les modalités.</p> <p>⁴ La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est justifiée par des raisons techniques ou organisationnelles.</p> <p>Limitation de la main d'œuvre temporaire pour les marchés de construction</p> <p>⁵ Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employés ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas 6 et 7.</p> <p>⁶ L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes :</p> <p>a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires;</p> <p>b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires;</p> <p>c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires;</p> <p>d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires;</p>	<p>Le nouvel art. 4 al. 2 L-AIMP constitue la base légale formelle autorisant la limitation du travail temporaire sur les chantiers publics, dont la Cour de Justice a dénoncé l'absence dans son arrêt du 12 décembre 2018 (ACST/28/2018).</p> <p>Le PL propose également d'y insérer une base légale pour la limitation de la sous-traitance, fréquemment pratiquée par les autorités adjudicatrices. L'interdiction de la sous-traitance au deuxième degré, qui figure actuellement à l'art. 35 al. 6 RMP fait dorénavant l'objet d'une base légale de densité normative renforcée.</p> <p>En ce qui concerne la limitation de la main d'œuvre temporaire, la nouvelle base légale distingue :</p> <ul style="list-style-type: none"> - La situation prévalant au moment du dépôt de l'offre, où le soumissionnaire doit prouver qu'il est apte à disposer du personnel fixe et temporaire nécessaire pour exécuter le chantier selon les quotas prévus par la loi (al. 5). - La situation sur le chantier où ne doivent pas être présents, par entreprise, plus de 20% de travailleurs temporaires par rapport au nombre d'employés fixes affectés au chantier (al. 6). Des valeurs limites spécifiques sont prévues pour les petits chantiers <p>Des exceptions pourront être prévues par le Conseil d'Etat dans le règlement d'exécution, pour des situations particulières, par exemple pour les travaux devant être impérativement exécutés pendant les vacances scolaires.</p>	

- e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20% de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure).
- 7 Le Conseil d'Etat prévoit des exceptions pour les situations particulières.