

26.03.2019

Session de printemps 2019 des Chambres fédérales

Retour sur les priorités de constructionromande

Table des matières

Conseil national

1. 17.019 - Révision totale de la loi sur les marchés publics 1
 - 1.1. Art. 12, al. 1 - Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs..... 1
 - 1.2. Art. 59 - Droit de regard 2
 - 1.3. Art. 31, al. 2 - Communautés de soumissionnaires et sous-traitants 3
 - 1.4. Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication - art. 44, al. 2, let. h 3

Conseil des Etats

2. 18.4282 Mo. Français. *La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illégalité d'un accord* 4
3. 18.078 Programme de développement stratégique de l'infrastructure ferroviaire. Etape d'aménagement 2035 - art. 1, al. 3, let. c^{bis} et c^{ter} (Minorité Français, Rechsteiner Paul, Savary) 5

Conseil national

1. 17.019 - Révision totale de la loi sur les marchés publics

- 1.1. Art. 12, al. 1 - Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs

Recommandation de constructionromande : vote selon Conseil national (13.06.2018) - « ... et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie, les obligations ... »

Résultat de la session : le Conseil national maintient sa position (13.06.2018).

Prochain stade : divergence avec le Conseil des Etats.

Position de constructionromande : vote selon Conseil national - « ... et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie, les obligations ... »

Législation actuelle : la LMP actuelle pose que les marchés ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires respectant les conditions de travail du lieu où la prestation est fournie. Cette exigence permet de s'assurer du respect des usages et autres CCT locales du point de vue du droit public.

Proposition du Conseil fédéral : le projet du Conseil fédéral, privilégié par le Conseil des Etats, prévoit que les dispositions du lieu d'origine de l'entreprise (en Suisse) soient déterminantes et non pas celles du lieu d'exécution de la prestation. La position du Conseil fédéral est d'autant plus incompréhensible qu'il admet lui-même dans son message que « la majorité des participants à la procédure de consultation sont favorables au maintien de la réglementation fédérale actuelle ». La démarche privilégiée par le Conseil fédéral s'apparente à une tentative de passage en force.

Appréciation : la proposition du Conseil fédéral serait une source supplémentaire de concurrence déloyale, un fléau dont le secteur de la construction est déjà trop souvent victime. Cette proposition repose en effet sur des postulats erronés :

- l'identité des conditions de travail dans tout le pays : dans les faits, mais surtout du point de vue légal, ces conditions diffèrent fortement. A titre d'exemple, la Convention nationale du Gros œuvre prévoit

trois niveaux de salaires différents en fonction des zones géographiques, permettant de tenir compte de la capacité économique des cantons.

→ **La proposition du Conseil fédéral va à l'encontre du principe des conventions collectives de travail (CCT), dont la validité territoriale est pourtant approuvée par le SECO.**

- La contradiction apparente avec la loi sur le marché intérieur (LMI) : le Conseil fédéral justifie cette proposition en invoquant la loi sur le marché intérieur (LMI) et la lutte contre le cloisonnement des marchés. Or, la LMI a pour but de garantir à toute entreprise l'accès libre et non discriminatoire au marché intérieur. L'exigence du respect des conditions de travail locales ne constitue en rien une restriction d'accès au marché, bien au contraire.

Il s'agit ici de veiller à ce que le droit public continue à exiger le respect des mêmes conditions de travail par toutes les entreprises déployant leur activité dans un canton ou une région donnée, indépendamment de leur lieu d'origine. Il convient de souligner que cette exigence ne s'appliquerait que pour le marché public concerné ; rien n'interdit donc à une entreprise de pratiquer des conditions sociales différentes de manière générale en amont ou en aval du marché public concerné, et rien n'interdit à cette entreprise de soumissionner dans l'ensemble du pays.

constructionromande approuve la position du Conseil national et encourage le Conseil des Etats à s'y rallier.

1.2. Art. 59 - Droit de regard

Recommandation de constructionromande : vote selon Conseil des Etats (10.12.2018) - biffer

Résultat de la session : le Conseil national maintient sa position (13.06.2018).

Prochain stade : divergence avec le Conseil des Etats.

Position de constructionromande : vote selon Conseil des Etats - biffer

Législation actuelle : l'art. 5 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) stipule que lorsque la libre concurrence fait défaut et que la valeur du marché atteint au moins un million de francs, l'adjudicateur convient avec le soumissionnaire d'un droit de regard sur le calcul des prix.

Proposition du Conseil fédéral : selon l'OMP (ci-dessus) le droit de regard doit faire l'objet d'un accord entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Au contraire, l'art. 59 introduit le principe du droit de regard automatique des autorités adjudicatrices lors d'adjudications de gré à gré. Selon la formulation de l'article, ce droit de regard serait également valable a posteriori, soit une fois les travaux terminés.

Appréciation : cette proposition du Conseil fédéral n'est pas acceptable. Elle l'est d'autant moins que dans le cadre d'une procédure de gré à gré, l'autorité est en mesure de négocier librement les honoraires avec le soumissionnaire. En droit privé il serait difficilement compréhensible qu'une partie (ici l'Etat) bénéficie exclusivement en sa faveur d'un droit ultérieur de modification en relation avec le montant de la rémunération. Si toute autre partie soumise au droit civil exigeait une telle clause contractuelle, on lui reprocherait à juste titre un comportement déloyal.

Dans le rapport des résultats de la consultation fédérale de 2015, le Conseil fédéral admet pourtant que « Le droit de regard proposé [...] est rejeté par les 22 participants qui se sont prononcés sur la question, essentiellement des associations économiques et trois spécialistes de la doctrine et de la jurisprudence du droit des marchés publics. Ils y voient notamment une atteinte lourde et injustifiée à la liberté contractuelle »¹. On ne saurait être plus clair... Les dérives que ce principe pourrait entraîner sont en effet limpides.

¹ Département fédéral des finances (2016) : *Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP/OMP) et l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS)*, p. 9

constructionromande regrette la position du Conseil national et encourage le Conseil des Etats à maintenir la sienne.

1.3. Art. 31, al. 2 - Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

Recommandation de constructionromande : vote selon Conseil national (13.06.2018) - «² La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires sont possibles en principe, mais elles peuvent être exclues dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres ».

Résultat de la session : le Conseil national approuve la position du Conseil des Etats.

Prochain stade : aucun - la divergence étant résolue, l'art. 31, al. 2 est approuvé.

Proposition du Conseil fédéral : le Conseil fédéral propose que la participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires ne soient possibles que si elles sont expressément admises dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

Appréciation : la possibilité des participations multiples accroît la concurrence, permet aux entreprises de collaborer efficacement entre elles et aux PME de se profiler sur les marchés. Elle permet aussi de s'assurer que, pour un chantier donné, la meilleure combinaison d'entreprises et de savoir-faire puisse être retenue par l'adjudicataire. Le fait de les autoriser par principe et sauf indication contraire permet non seulement d'accroître les possibilités de soumission pour les PME, mais également de palier le risque que l'adjudicateur oublie de préciser la possibilité de soumissions multiples ; ce risque concerne surtout les collectivités de taille réduite, peu habituée à l'application de la loi sur les marchés publics.

constructionromande regrette la position du Conseil national.

1.4. Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication - art. 44, al. 2, let. h

Recommandation de constructionromande : vote selon Conseil des Etats (10.12.2018) - « h. viole la loi sur la concurrence déloyale ».

Résultat de la session : le Conseil national approuve la position du Conseil des Etats.

Prochain stade : aucun - l'art. 44, al. 2, let. h est approuvé.

Projet : la lettre h de l'art. 44, al. 2, introduite sur proposition du Conseiller aux Etats vaudois Olivier Français, indique qu'un adjudicateur peut prendre des mesures contre un soumissionnaire si ce dernier a violé la loi sur la concurrence déloyale.

Appréciation : cette possibilité prend tout son sens suite à plusieurs cas récents d'adjudications choquantes à des entreprises peu scrupuleuses et portant atteinte au bon fonctionnement du marché. Introduire cette précision dans la LMP permettrait de combattre plus efficacement de telles pratiques et les entreprises soutiennent cette démarche.

constructionromande salue la position du Conseil national.

Conseil des Etats**2. 18.4282 Mo. Français. La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illégalité d'un accord****Recommandation de constructionromande** : accepter la motion**Résultat de la session** : le Conseil des Etats envoie le projet de motion en Commission de l'économie et des redevances pour traitement.**Prochain stade** : la Commission devra adopter un préavis à l'attention du Conseil des Etats.**Position de constructionromande** : accepter la motion.

La motion 18.4282 concerne la définition d'un accord illicite en droit de la concurrence. Comme l'ensemble des branches économiques, l'industrie de la construction est concernée par cette thématique. Cette motion fait suite à une récente évolution de l'interprétation de la loi sur les cartels (LCart).

La LCart vise la lutte contre les ententes cartellaires, pratiques dont la nature éminemment nuisible n'est contestée par personne. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels en 1995, la Commission de la concurrence (COMCO), le « bras armé » de la Confédération s'agissant de l'application de la LCart, mène ainsi le combat contre les accords illicites de toutes sortes.

Le nœud du problème réside non pas dans la lutte contre les ententes illégales, mais dans la définition de celles-ci. Jusqu'à récemment, pour juger du caractère illicite ou non d'un accord entre entreprises, il fallait prendre en compte tant l'aspect qualitatif de celui-ci (existence d'un accord) que ses aspects quantitatifs (impact sur le marché en termes d'entrave à la concurrence, par exemple la part de marché concernée par l'accord, l'impact réel en termes de prix, etc.). Ainsi, un accord entre entreprises devait entraver concrètement la concurrence et porter atteinte au fonctionnement du marché pour qu'il soit illicite.

En 2016 cependant, le Tribunal fédéral a publié un arrêt (ATF Gaba/Elmex 2C_180/2014) qui modifie en profondeur cette pratique et la jurisprudence applicable. Cet arrêt met en péril de nombreuses formes de collaboration entre entreprises, jugées pourtant jusqu'à lors comme parfaitement légitimes, et ce alors que la loi elle-même n'a pas changé.

A titre d'exemples, mentionnons :

- **Consortiums** : pour des motifs d'efficience et de capacité économique, les PME sont fréquemment appelées à soumissionner en consortiums lors d'appels d'offres, privés ou publics. Or, ces formes de collaboration impliquent par définition des discussions sur les prix des prestations.
- **Collaborations entre PME lors de prestations complexes** : pour les prestations complexes à réaliser, les PME sont fréquemment appelées à échanger sur leurs pratiques respectives, ce qui implique des discussions sur les prix pratiqués usuellement sur le marché. Or, au-delà de ces échanges de vues, rien n'empêche une entreprise de pratiquer des prix inférieurs (ou supérieurs...) à la moyenne constatée et on ne peut raisonnablement pas considérer ces pratiques comme des entraves notables à la concurrence.

La motion 18.4282 vise à clarifier la LCart et à inscrire dans la loi la pratique qui a toujours prévalu depuis l'entrée en vigueur de la LCart en 1995. Pour qu'un accord au sens de la LCart soit illicite, il faut qu'il déploie effectivement des effets nuisibles sur le marché.

Lors des débats de la session, des craintes ont été exprimées selon quoi cette motion viserait à assouplir la LCart, s'agissant notamment des accords verticaux. Ces craintes sont infondées. Au contraire, il s'agit de confirmer l'interprétation de la loi qui a fait ses preuves pendant plus de 20 ans, qui permet aux entreprises de collaborer normalement, et qui a régulièrement été confirmée par les plus hautes instances, dont le Tribunal fédéral. La motion ne vise en rien à réintroduire une cartellisation de l'économie suisse ou à remettre en cause les efforts visant à lutter contre « l'îlot de cherté ». Des précisions à ce sujet par la Commission seraient accueillies favorablement par constructionromande.

constructionromande encourage la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats à adopter la motion.

3. **18.078 Programme de développement stratégique de l'infrastructure ferroviaire. Etape d'aménagement 2035 - art. 1, al. 3, let. c^{bis} et c^{ter} (Minorité Français, Rechsteiner Paul, Savary)**

Recommandation de constructionromande : adopter l'art. 1, al. 3, let. c^{bis} et c^{ter} (Minorité Français, Rechsteiner Paul, Savary)

Résultat de la session : le Conseil des Etats a adopté la proposition de la Minorité.

Prochain stade : le projet part au Conseil national.

Position de constructionromande : confirmer la position du Conseil des Etats.

La politique des transports revêt une grande importance pour l'économie. Les entreprises doivent pouvoir compter sur une desserte optimale des centres d'activité et d'infrastructures de qualité. Il en va de l'attractivité et de la compétitivité des régions concernées.

La Suisse romande connaît un retard manifeste dans le développement de ses infrastructures ferroviaires par rapport aux autres régions du pays, notamment sur le plateau. La ligne Lausanne-Berne souffre d'un manque de capacité chronique et de temps de parcours peu optimaux. La presse s'est d'ailleurs également faite l'écho ces derniers mois des nombreux incidents techniques, retards et blocages affectant ce tronçon.

Il est donc important que l'amélioration tant des capacités que des temps de parcours sur cette ligne figure en bonne place dans la planification fédérale. Il s'agit de veiller à ce que la Suisse romande ne soit pas une nouvelle fois le parent pauvre des investissements fédéraux. Il s'agit aussi de soulager un réseau ferroviaire qui peine à répondre à l'augmentation de la demande, liée entre autres à l'activité économique florissante de la région romande.

Il s'agit enfin d'assurer l'attractivité du rail pour les trajets concernés, permettant par report modal de soulager quelque peu le réseau routier de l'Arc lémanique, qui connaît une surcharge de trafic notoire, au détriment du trafic professionnel et de transport.

constructionromande salue la position du Conseil des Etats et encourage le Conseil national à la faire sienne.

*** **

Pour plus d'information : **Nicolas Rufener, directeur**
022 339 90 00 - 078 754 48 57 - rufener@fmb-ge.ch
www.constructionromande.ch

constructionromande est une association intercantonale fondée en 2016 pour défendre les intérêts de l'industrie romande de la construction. Elle est affiliée à constructionsuisse dont elle diffuse les idées et les valeurs en Suisse romande.

constructionromande fédère une dizaine d'associations romandes de branche et d'associations interprofessionnelles cantonales du Gros œuvre, du Second œuvre, des métiers techniques du bâtiment, des mandataires et des fournisseurs de la construction. Elle constitue de ce fait un interlocuteur privilégié et représentatif auprès des politiciens et des médias pour toutes les questions se rapportant à l'industrie romande de la construction.

*** **