

02.09.2020

Session d'automne 2020 des Chambres fédérales - priorités de constructionromande

Table des matières

Conseil des Etats

| | | |
|------|---|---|
| 1. | 17.071 Révision totale de la loi sur le CO2 pour la période postérieure à 2020 | 1 |
| 1.1. | Modalités du Programme bâtiment | 1 |
| 1.2. | Fonds pour le climat : ne pas affaiblir le financement du FORTA..... | 2 |
| 2. | 20.3266 Mo. Gapany. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda » | 2 |
| 2.1. | Respect de la volonté du Législateur..... | 2 |
| 2.2. | Absence de base légale | 2 |
| 2.3. | Un principe contraire à la logique du contrat..... | 2 |
| 2.4. | La position du Conseil fédéral n'est pas recevable | 3 |
| 3. | 20.3531/20.3532 Mo. Caroni/Rieder. Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques.. | 3 |

Conseil national

| | | |
|----|---|---|
| 1. | 17.518 lv. pa. (Schilliger) Schneeberger. Pour une concurrence à armes égales | 4 |
| 2. | 20.038 Train de mesures en faveur des médias | 4 |

Conseil des Etats

1. 17.071 Révision totale de la loi sur le CO2 pour la période postérieure à 2020

L'examen de la révision par les Chambres est déjà bien avancé, et plusieurs éléments importants ont déjà été traités, par exemple la poursuite et la modernisation du Programme bâtiment, ce que constructionromande salue. S'agissant des divergences qui demeurent, constructionromande prend position de la manière suivante.

1.1. Modalités du Programme bâtiment

Si l'on souhaite se poser des objectifs ambitieux, il convient de s'en donner les moyens et d'utiliser à bon escient l'ensemble de la palette d'outils à disposition. Le Conseil national a agi en ce sens en décidant d'élargir les modalités du Programme bâtiment (**art. 39, al. 3**). Les contributions ne sont donc allouées qu'aux cantons disposant de programmes globaux, incluant notamment les nouvelles constructions de remplacement et la technique du bâtiment.

De manière incompréhensible, la Commission du Conseil des Etats propose un retour en arrière, en scindant les domaines d'intervention en trois paquets distincts et en n'obligeant les cantons qu'à en considérer deux sur trois. Ceci revient à affaiblir l'efficacité du Programme bâtiment et à renoncer à traiter sur un pied d'égalité ces divers domaines d'intervention permettant d'atteindre les objectifs de la politique climatique.

Position de constructionromande : Art. 39, al. 3, let. a : vote selon le Conseil national

1.2. Fonds pour le climat : ne pas affaiblir le financement du FORTA

Plusieurs propositions visent à retirer le produit des sanctions découlant de l'article 17 (nouveaux véhicules immatriculés) des recettes affectées au FORTA afin de les réaffecter au nouveau fonds pour le climat. constructionromande s'oppose à ces propositions.

En 2017, la population et les Cantons ont approuvé le FORTA à une large majorité. Il s'agissait d'un projet équilibré, pendant naturel du fonds ferroviaire FAIF. Assurer la continuité est important pour le financement des routes nationales et des projets d'agglomération. Il est aussi utile de rappeler que le FORTA ne finance pas uniquement le réseau des routes nationales mais également, dans le cadre du trafic d'agglomération, des projets de transports publics et en faveur de la mobilité douce.

Position de constructionromande :

- Art. 38h, al 3 : vote selon la Minorité II (Knecht, Stark)
- Art. 42 : vote selon la Minorité (Knecht,...)

2. 20.3266 Mo. Gapany. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda »

Suite à l'adoption de la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP) en 2019, le Conseil fédéral a publié en février 2020 la nouvelle ordonnance sur les marchés publics (OMP). Si la LMP est une loi de grande qualité, l'OMP s'en écarte sur un point majeur : l'introduction en son article 24 d'un droit de regard étendu des autorités adjudicatrices sur la formation des prix par les entreprises adjudicatrices. Ce droit de regard ajoute également une obligation de remboursement d'une part des prix a posteriori. Cette prérogative octroyée à l'administration est choquante, pour les raisons principales ci-dessous.

2.1. Respect de la volonté du Législateur

Les Chambres fédérales ont biffé le principe du droit de regard proposé par le Conseil fédéral dans la nouvelle LMP à une très forte majorité. Les débats en plénière ne laissent aucun doute quant à la volonté du Législateur de refuser une proposition contrevenant au principe du contrat et à la logique économique.

Les Commissions de l'économie et des redevances des Conseils national et des Etats ont également recommandé de biffer le droit de regard de l'OMP.

En réintroduisant le droit de regard dans l'OMP, l'Administration fédérale fait fi de la décision du Législateur.

2.2. Absence de base légale

Le Parlement ayant explicitement refusé l'introduction du droit de regard dans la LMP, on se trouve face à un **silence qualifié** du Législateur. Il s'ensuit que l'art. 24 OMP ne bénéficie pas d'une base légale suffisante à son introduction dans l'OMP.

2.3. Un principe contraire à la logique du contrat

L'art. 24 OMP est en contradiction avec le principe du droit des contrats, « pacta sunt servanda ». Les règles d'un marché libre doivent primer et il n'est pas acceptable d'exiger d'une entreprise qu'elle doive rembourser à posteriori une partie des montants facturés sur la base d'un contrat conclu. Cet article est d'autant plus inacceptable que son application ne pourrait se faire qu'au bénéfice de l'Etat (baisse du prix et/ou remboursement) et au détriment de l'entreprise.

De deux choses l'une : soit l'entreprise a commis un acte illégal, et dès lors une procédure judiciaire en bonne et due forme doit donner lieu à des dommages et intérêts, soit l'entreprise n'a enfreint aucune loi, et un contrat doit être respecté.

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.

L'obligation faite à l'entreprise de mettre gracieusement sa comptabilité financière et d'exploitation à disposition de l'autorité adjudicatrice présente également de graves problèmes s'agissant du respect du secret des affaires.

Le droit de regard a été largement refusé lors de la procédure de consultation (2015) sur le projet de nouvelle LMP : « *Le droit de regard proposé à l'art. 18 AP-LMP 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.

2.4. La position du Conseil fédéral n'est pas recevable

Le Conseil fédéral souligne que l'art. 24 a été « adouci » quelque peu dans sa version définitive par rapport à sa teneur initiale ; en particulier, alors que l'OMP actuelle prévoit que l'adjudicateur « *convient* » d'un droit de regard avec le soumissionnaire, l'art. 24 de la nouvelle OMP est de nature potestative (« *l'adjudicateur peut convenir* »). De plus, ce droit de regard serait nécessaire afin que l'Etat puisse se défendre face à des prix « excessifs ». Ces arguments ne sont cependant pas recevables :

- La nature potestative n'est que très relative, les autorités adjudicatrices fédérales étant par définition en position monopolistique (p. ex : CFF) et en position de force face à l'entreprise soumissionnaire ;
- Le fait que l'OMP actuelle prévoit un droit de regard ne rend pas celui-ci plus acceptable dans la nouvelle OMP, alors que le Parlement l'a expressément biffé de la nouvelle LMP ;
- Les procédures d'appels d'offres permettent aux autorités d'estimer la valeur du marché et de définir celui-ci de manière suffisamment détaillée pour pallier au risque d'un prix « exagéré ».

Cela est d'autant plus vrai que, en l'absence de concurrence, **l'adjudicateur peut adjuger un marché selon la procédure de gré à gré**, et cela sans considération des valeurs seuils (art. 21 nouvelle LMP). Or, cette procédure permet justement de demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations. Cette procédure sauvegarde déjà les intérêts de l'adjudicateur dans les cas où un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques du marché. **Ce qui est inacceptable dans le droit de regard tel que prévu par l'art. 24 OMP est que l'adjudicateur, même au bénéfice de ceci, serait en droit de réclamer le remboursement d'une part du prix convenu dans le contrat a posteriori.**

Position de constructionromande : adoption de la motion

3. 20.3531/20.3532 Mo. Caroni/Rieder. Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques

Ces deux motions chargent le Conseil fédéral de présenter des modifications législatives visant à prévenir les distorsions de concurrence provoquées par des entreprises en mains publiques. Ces motions sont basées sur les mêmes constats et visent le même objectif que l'initiative parlementaire 17.518 (Schilliger) Schneeberger « Pour une concurrence à armes égales », qui sera abordée par le Conseil national (voir ci-dessous).

Position de constructionromande : adoption des deux motions

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

1. 17.518 Iv. pa. (Schilliger) Schneeberger. Pour une concurrence à armes égales

L'initiative parlementaire demande la création de dispositions légales permettant d'éviter que les entreprises dans lesquelles la Confédération, les cantons ou les communes détiennent une participation financière ou qui assument une tâche régalienne ne profitent de leur situation pour obtenir des avantages compétitifs qui soient de nature à fausser la concurrence sur le marché libre. Ces entreprises, par exemple dans le secteur de l'électricité, profitent parfois actuellement de leur position de monopole et en retirent un avantage concurrentiel certain.

Le cas de figure classique est le suivant : une entreprise au bénéfice d'un monopole territorial pour la distribution d'électricité profitera de ce monopole et de l'accès privilégié à sa clientèle (information exhaustive, relation existante) pour proposer des services dans d'autres domaines (audit et/ou assainissement énergétique, etc.) à des conditions défiant toute concurrence, écartant de fait les entreprises privées. Il ne s'agit pas ici de porter atteinte aux entreprises publiques ou « parapubliques », mais d'encourager une concurrence efficace sur les marchés. D'ailleurs, dans certains cantons, plusieurs de ces entreprises ayant reconnu l'existence de telles distorsions de la concurrence, mettent en place des programmes de partenariat avec les entreprises privées, donnant lieu ainsi à une synergie optimale entre les rôles des uns et des autres.

Position de constructionromande : adoption de l'initiative parlementaire

2. 20.038 Train de mesures en faveur des médias

Plusieurs objets ont été déposés aux Chambres depuis l'entrée en vigueur de la dernière modification de la LRTV, visant à supprimer le « double assujettissement » des entreprises au paiement de la redevance dans le cadre de consortiums et d'autres communautés de travail.

Le Conseil des Etats profite du traitement de l'objet 20.038 pour proposer une modification de l'art. 70, al. 2 en y précisant que « n'est pas réputée entreprise la société simple au sens de l'art. 530 du code des obligations », ce qui recouvre les consortiums et autres communautés de travail.

Il s'agit aussi de suivre le Conseil des Etats s'agissant de l'adoption de l'art. 70, al. 4, prévoyant la possibilité de remboursement de la redevance sur demande aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 1 million de francs et qui affichent un faible bénéfice ou une perte. Il s'agit là de limiter les charges pour ces entreprises en difficulté. Cette disposition existe déjà dans l'Ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV).

Position de constructionromande :

- Art. 70, al 2 : vote selon le Conseil des Etats
- Art. 70, al 4 : vote selon le Conseil fédéral et le Conseil des Etats

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.