

Table des matières

Conseil des Etats

- 1. 20.3266 Mo. Gapany. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda » 2
 - 1.1. Contexte et respect de la volonté du Législateur 2
 - 1.2. Absence de base légale 3
 - 1.3. Un principe contraire au droit des contrats 3
- 2. 22.3008 Mo. CdF-CE. Soutenir l'exécution des investissements des CFF et une vision à long-terme en période de COVID-19 4

Conseil des Etats et Conseil national

- 3. 19.043 Lutte contre l'usage abusif de la faillite. Loi 5

Conseil national

- 4. 20.3251 Mo. Feller. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda » 6
- 5. 20.3531/20.3532 Mo. Caroni/Rieder. Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques.. 6
- 6. 21.4332 Po. CEATE-CN. Incitation à une utilisation économe des décharges et au recyclage des matériaux de construction 6

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 14 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 du monde politique et des médias pour toutes les questions se rapportant à l'industrie romande de la construction.

1. **20.3266 Mo. Gapany. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda »**

Synthèse

- Le droit de consultation a été refusé par le Parlement à l'occasion de l'adoption de la nouvelle loi sur les marchés publics (LMP) en 2019 ;
- La décision du Parlement de biffer l'article idoine de la LMP se traduit par l'existence d'un **silence qualifié** du Législateur. L'art. 24 OMP n'a donc aucune base légale ; si le Parlement n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur le droit de consultation contenu dans la précédente OMP, sa position exprimée lors de la révision de la LMP lève tout doute sur cette question ;
- En réintroduisant le droit de consultation dans l'OMP, le Conseil fédéral :
 - Ignore sciemment la décision du Parlement ;
 - Fait fi de la volonté clairement exprimée par les deux Chambres et leurs CER ;
 - Va à l'encontre des résultats de la procédure de consultation de 2017 (nouvelle LMP) ;
- En prévoyant le remboursement d'une part du prix, même une fois la prestation exécutée, il est en contradiction claire avec le principe central du droit des contrats « pacta sunt servanda » ;
- Il s'agit d'un outil de pression sur les entreprises, au seul avantage de l'adjudicateur public ;
- Son usage est illogique, l'adjudicateur ayant à disposition tous les outils nécessaires pour juger de la plausibilité d'une offre, tout au long de la procédure d'adjudication. L'adjudicateur peut conclure un contrat en toute connaissance de cause. Dans le cadre d'une procédure d'adjudication de gré à gré, l'autorité publique a les éléments suivants à sa disposition :
 - Le cahier des charges précis et l'estimation du marché par l'adjudicateur ;
 - Les échanges avec le soumissionnaire ;
 - Les analyses de variantes ;
 - Des outils standards d'estimation des prix (ex : Code des frais de construction CFC) ;
 - Les négociations, maintenues dans les procédures de gré à gré.

1.1. Contexte et respect de la volonté du Législateur

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.

Le droit de consultation figurait déjà dans l'ancienne OMP, sous l'appellation de « droit de regard ». Il n'a en revanche jamais figuré dans la LMP. Il a de tout temps été fortement contesté en raison de sa contradiction flagrante avec les principes les plus élémentaires du droit des contrats.

En 2015, lors de la mise en consultation de la révision de la LMP, le Conseil fédéral a proposé de formaliser la base légale du droit de regard en l'inscrivant dans la LMP. L'opposition a été très forte : le rapport de consultation précise que « Le droit de regard [...] 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 ».

Nonobstant ceci, le Conseil fédéral a décidé de maintenir le droit de regard dans son projet de révision de la LMP soumis au Parlement. Là aussi, la critique a été très forte et les Chambres ont biffé l'article correspondant¹. Le

¹ À titre illustratif, extrait du bulletin officiel du parlement (Conseil national - Session d'été 2018 - Treizième séance - 13.06.18 15h00), Hans GRUNDER : « *Dann natürlich der Artikel 59, der gestrichen werden soll. Ich weiss nicht - ich kann nicht nachvollziehen, wie die Verwaltung zu einer solchen Formulierung kommt. Der gesamte Artikel verstösst gegen den Grundsatz, dass einmal geschlossene Verträge einzuhalten sind, und widerspricht elementaren Rechtsgrundsätzen der Gleichbehandlung. Meine Damen und Herren, ich kaufe ein Auto, und ein halbes Jahr später habe ich den Eindruck, ich hätte* »

Conseil fédéral n'ayant pas voulu s'incliner, il a profité de la révision de l'OMP pour réintroduire le droit de regard, renommé « droit de consultation » pour l'occasion. Cette manière de faire est inacceptable et témoigne d'un certain mépris pour les travaux du Parlement, les entreprises, et l'avis des experts exprimé en consultation et lors de la procédure d'adoption de la nouvelle LMP.

1.2. Absence de base légale

Le Parlement ayant explicitement refusé l'introduction du droit de consultation 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.

1.3. Un principe contraire au droit des contrats

Le droit de consultation est, dans son essence, fortement déloyal. L'adjudicateur public s'octroie ici un privilège inconnu ailleurs et incompatible avec le principe du droit des contrats « pacta sunt servanda ».

Un droit d'accès à des informations confidentielles : l'adjudicateur s'arroge le droit de consulter la comptabilité interne de l'entreprise et toute information jugée utile, y compris des données confidentielles liées au secret des affaires ou à la propriété intellectuelle. La confidentialité promise ne saurait être une garantie suffisante, alors qu'un tel accès à ces données est habituellement réservé aux procédures de nature judiciaire.

Un accord qui n'en est pas un : le Conseil fédéral se défend de vouloir imposer ce droit de consultation et souligne que l'adjudicateur peut convenir de ce droit avec le soumissionnaire si cela leur sied. Dans les faits, l'adjudicateur public est toujours en position de force et les soumissionnaires ne pourront que très difficilement s'y opposer, au risque de perdre le marché.

Un principe illogique : le droit de consultation est d'autant moins justifiable que dans le cadre d'une procédure d'adjudication de gré à gré, l'autorité publique a toutes les cartes en main pour faire valoir ses droits :

- Le cahier des charges précis et l'estimation du marché par l'adjudicateur ;
- Les échanges avec le soumissionnaire ;
- Les analyses de variantes ;
- L'utilisation des outils standards d'estimation des prix (p. ex : Code des frais de construction CFC) ;
- Les négociations, maintenues dans les procédures de gré à gré.

Les maîtres d'ouvrage publics sont des entités de taille importante, souvent monopolistiques, et employant des ressources humaines spécialisées. On peut raisonnablement partir du principe qu'il leur est possible de signer un contrat en toute connaissance de cause. 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.

➔ **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 en toute connaissance de cause. 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.**

Position de constructionromande : adoption.

zu viel bezahlt bzw. der Autoverkäufer hätte zu viel verdient. Dann verlange ich, dass dieser Autoverkäufer in der Nachkalkulation alles offenlegen muss, welche Löhne er bezahlt usw. Dann kann ich sagen: "Du hast zu viel verdient, zahle mir so und so viele Franken zurück." [...]. Wenn ich einen Vertrag abschliesse, wenn mir die vergebende Behörde einen Auftrag erteilt, dann schliessen wir einen Vertrag, Punkt. [...]. ».

2. 22.3008 Mo. CdF-CE. Soutenir l'exécution des investissements des CFF et une vision à long-terme en période de COVID-19

La crise du COVID a eu un impact sensible sur la santé financière des CFF, ce qui présente des risques pour la poursuite des investissements ferroviaires. Or, la poursuite sans interruption ou diminution des programmes concernés revêt une grande importance non seulement pour la politique des transports mais également pour les domaines parallèles (politique climatique et environnementale, etc.).

Les maîtres d'ouvrage publics doivent également assumer leurs responsabilités dans la lutte contre les conséquences de la crise du COVID sur l'activité économique et l'emploi, dans une perspective anticyclique. Les entreprises de la construction ont confirmé à de réitérées reprises qu'elles étaient en mesure de répondre à la demande et de jouer leur rôle dans cette optique, mais à la condition que les investissements publics, notamment, ne soient pas revus à la baisse ou suspendus.

Dans le cas d'espèce, le Conseil fédéral chercherait à combler un déficit du compte d'exploitation des CFF par une diminution des investissements. Il s'agit d'une erreur classique de gestion des finances publiques et il importe de bien distinguer les comptes d'exploitation et les investissements.

constructionromande appelle donc à l'adoption de la motion 22.3008. Les autorités fédérales doivent fermement s'engager pour la poursuite des projets concernés et, plus généralement, pour une politique d'investissement répondant aux besoins de la société.

Position de constructionromande : adoption.

3. 19.043 Lutte contre l'usage abusif de la faillite. Loi

Les faillites abusives sont un fléau. Elles touchent tous les secteurs de l'économie, dont la construction, nuisent aux entreprises et font porter un fardeau économique indu sur la collectivité. Ces pratiques sont orchestrées par exemple par des personnes qui créent des sociétés faiblement capitalisées, engagent des travailleurs à court terme, pratiquent du dumping salarial ou ne paient ni les salaires, ni les assurances sociales, ni parfois leurs fournitures ou leur loyer. Ces agissements sont le fait d'une faible minorité, mais ils peuvent perturber le marché de manière conséquente. Les principales victimes de ces abus sont les entreprises qui respectent les règles, les travailleurs, les clients, les fournisseurs et créanciers de ces entreprises, mais aussi les autorités fiscales, les assurances sociales, le Fonds de garantie LPP et la Centrale de compensation.

Mise en faillite par des créanciers de droit public

L'art. 43 LP actuel fait que des entreprises ne peuvent pas être mises en faillite pour le non-paiement de créances périodiques en faveur des collectivités publiques. L'effet collatéral se traduit par des personnes morales qui ne s'acquittent volontairement plus des créances de droit public (impôts, TVA, cotisations sociales de premier pilier, etc.), mais paient leurs créanciers ordinaires (qui, eux, peuvent demander la faillite), s'appauvrissent pour ne pas faire l'objet de saisie et obtiennent la délivrance d'actes de défaut de biens. N'étant plus tributaires de dettes de droit public, elles peuvent offrir des prix plus bas que leurs concurrentes qui respectent leurs obligations légales, générant de ce fait une concurrence déloyale. L'absence de possibilité de demander la faillite a également comme conséquences :

- Que les créances de droit public en faveur des impôts ou des caisses de compensation ne font que grossir, sans possibilité pour les entités d'y mettre un terme, générant ainsi des pertes abyssales pour les caisses publiques ;
- Que l'obtention des indemnités de chômage pour les travailleurs est plus difficile et plus longue, dans la mesure où l'insolvabilité de l'employeur, qui est constatée formellement par la faillite, est sans cesse repoussée.

L'art. 43 LP proposé dans le cadre du projet 19.043 constitue certes un pas en avant, mais ne résout pas la problématique rappelée ci-dessus. En effet, le maintien du choix entre la poursuite par voie de saisie et la poursuite par voie de faillite risque de provoquer un statu quo, car les créanciers de droit publics vont opter pour la procédure « la moins lourde » et, partant, la saisie.

Le Conseil des Etats a décidé de modifier la proposition du Conseil fédéral en supprimant l'exception selon laquelle le recouvrement d'impôts, contributions, émoluments, droits, amendes ou autres prestations de droit public dues à une caisse publique ou à un fonctionnaire ne peut pas faire l'objet d'une poursuite par voie de faillite. Il s'agit là d'une excellente décision, que constructionromande soutient de longue date, et qui a fait l'objet de la motion 18.3993 (Conseil national - Roduit), malheureusement classée en septembre 2020 car le Conseil n'avait pas achevé son examen dans un délai de deux ans. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé de se rallier à cette position lors de sa séance du 13.01.2022. constructionromande soutient cette décision et encourage le Conseil national à confirmer ce choix.

Position de constructionromande : Art. 43 : vote selon le Conseil des Etats (proposition de la CAJ-CN).

Conseil national

4. 20.3251 Mo. Feller. Ordonnance sur les marchés publics. Abroger l'article 24 pour faire respecter le principe « pacta sunt servanda »

Le texte de cette motion est identique à celui de la motion 20.3266. constructionromande appelle à l'adoption de cette motion en vertu des mêmes considérations que celles décrites ci-dessus.

Position de constructionromande : adoption.

5. 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 demandent des mesures permettant d'éviter que les entreprises publiques 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 en effet souvent 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 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 mais d'encourager une concurrence efficace sur les marchés.

En septembre 2021, le Conseil des Etats a adopté ces motions.

Position de constructionromande : suivre la position du Conseil des Etats : adoption.

6. 21.4332 Po. CEATE-CN. Incitation à une utilisation économe des décharges et au recyclage des matériaux de construction

Le postulat charge le Conseil fédéral d'examiner un projet de taxe d'incitation sur l'entreposage de déchets de chantier, laquelle encouragerait la fermeture des cycles de matières, notamment dans le secteur de la construction. constructionromande soutient l'objectif de renforcer l'incitation au recyclage, mais s'oppose à cette nouvelle taxe pour les raisons ci-dessous.

Premièrement, cette taxe manque sa cible et n'aurait aucun impact s'agissant de la prédisposition au recyclage. Les maîtres d'ouvrage et les entreprises doivent déjà s'acquitter de taxes pour la mise en décharge et préféreraient d'ores et déjà pouvoir recycler et valoriser les matériaux d'excavation. Leur valorisation permet de les rentabiliser, alors que la mise en décharge se traduit par une perte économique sèche.

Ensuite, la Suisse ne souffre pas d'un manque de motivation au recyclage mais bien plus de possibilités et de débouchés. La demande de construction en matériaux recyclés peine à décoller et l'Etat devrait montrer l'exemple en faisant davantage appel à de tels matériaux dans ses marchés publics. L'Etat ne doit pas se contenter d'énoncer de bonnes intentions en matière de transition énergétique, tout en n'adaptant pas ses propres marchés et en taxant ensuite la mise en décharge de matériaux d'excavation. constructionromande proposerait plutôt que l'Etat explore des mesures de facilitation de la coordination entre chantiers et maîtres d'ouvrage, permettant de simplifier le réemploi de matériaux. Une telle démarche proactive serait bien plus efficace que le choix de la simple taxation, celle-ci n'étant qu'un oreiller de paresse permettant de se donner bonne conscience en s'épargnant de trouver de réelles solutions.

Enfin, cette nouvelle taxe se traduira fatalement par une hausse du coût de la construction. Or, à travers les maîtres d'ouvrage, cette hausse des coûts se répercutera in fine sur le propriétaire final du logement ou les locataires. Au vu des coûts déjà élevés de la construction et de l'immobilier en Suisse, de tels effets sont à éviter.

constructionromande souligne aussi que la révision en cours de la loi sur la protection de l'environnement (consultation ouverte jusqu'au 16.02.2022) prévoit un renforcement de l'économie circulaire en Suisse. Le postulat 21.4332 n'arrive donc pas au moment opportun, tout en proposant une mauvaise solution à un vrai problème.

Position de constructionromande : rejet.