

Exigences du canton de Genève à l'égard des entreprises fribourgeoises travaillant sur le territoire genevois

Question

Le canton de Genève impose aux entreprises fribourgeoises du second œuvre de fournir des preuves et des documents qui semblent aller à l'encontre des lois en vigueur sur le marché intérieur et la libre circulation des personnes. Toute entreprise, avant de commencer un travail à Genève, doit fournir des attestations concernant le paiement des charges sociales, présenter les fiches de salaires de chaque ouvrier pour le dernier mois de décembre et le mois précédant la demande d'autorisation. Elle doit également fournir des informations sur les qualifications professionnelles, le nombre d'années d'expérience, le nombre d'années de service au sein de l'entreprise, la durée hebdomadaire du travail, etc. Il est visiblement plus simple de venir travailler dans le canton de Fribourg depuis un pays de l'Union européenne ou du canton de Genève qu'inversement. Est-ce juste ?

Ces demandes totalement exagérées, à notre sens pour des entreprises suisses, s'apparentent visiblement à une forme de protectionnisme du marché du travail genevois.

Nous sollicitons le Conseil d'Etat afin qu'il réponde aux questions suivantes :

1. Est-il au courant de la pratique de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève ?
2. Est-ce que cette pratique est conforme aux lois suisses en vigueur ?
3. Le Conseil d'Etat est-il prêt à prendre des contacts avec le Conseil d'Etat du canton de Genève pour clarifier la situation ?
4. Quelles sont les exigences du canton de Fribourg à l'égard des entreprises établies en Suisse ou à l'étranger qui décrochent un mandat sur notre canton ?

Le 13 octobre 2009

Réponse du Conseil d'Etat

En Suisse, les marchés publics sont régis par les accords internationaux, lesquels sont concrétisés par des dispositions légales fédérales et cantonales. Les accords internationaux dont il est question sont les suivants :

- l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics du 15 avril 1994, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1996 (RS 0.632.231.422) ;
- l'Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord bilatéral ; RS 0.172.052.68) ;

Quant aux dispositions fédérales et intercantionales, elles sont les suivantes :

- La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), qui ne s'applique que dans le cadre des marchés publics fédéraux ;
- L'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, modifié le 15 mars 2001 (AIMP).

Ce dernier accord a été adopté par la Conférence suisse des Directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) et par la Conférence des chefs des Départements cantonaux de l'économie publique (CDEP). Il est applicable aussi bien dans le canton de Fribourg (intégré au droit interne sous RSF122.91.2), que dans la République et canton de Genève (RSG L 6 05).

L'accord fait l'objet de dispositions cantonales d'application concrétisées, dans le canton de Fribourg, par la Loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.1) et son règlement d'application (RSF 122.91.11). A Genève, ces dispositions sont les suivantes :

- La loi genevoise autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP du 12 juin 1997 modifié le 30 novembre 2006 (RSG L 6.05.0) ;
- Le Règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (Entrée en vigueur : 1er janvier 2008) (RMP ; RSG L 6 05.01).

Cela dit, le Conseil d'Etat répond comme suit aux députés Wicht et Siggen :

1. Est-il au courant de la pratique de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève ?

La pratique genevoise en matière de marchés publics relève, comme rappelé ci-dessus, du règlement cantonal sur la passation des marchés publics. Le chapitre 3 de ce règlement mentionne les conditions pour être admis à soumissionner. En particulier, l'article 32 relève, s'agissant des conditions de participation, que :

Ne sont prises en considération que les offres accompagnées, pour le soumissionnaire et ses sous-traitants, des documents suivants :

- a) attestations justifiant que la couverture du personnel en matière d'assurances sociales est assurée conformément à la législation en vigueur au siège du soumissionnaire et que ce dernier est à jour avec le paiement de ses cotisations;*
- b) attestation certifiant pour le personnel appelé à travailler sur territoire genevois :*
 - soit que le soumissionnaire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève,*
 - soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'office cantonal), un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accident et d'allocations familiales;*
- (...)*

Pour obtenir l'attestation prévue (...), le soumissionnaire doit :

- a) prendre connaissance auprès de l'office cantonal des usages locaux de sa profession;*
- b) signer un engagement officiel à respecter ces usages à l'égard de son personnel appelé à travailler sur territoire genevois;*
- (...)*

Quant à l'article 33 du même règlement relatif aux critères d'aptitude, il prévoit que :

L'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude (...). Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable, tels que :

- a) preuve que le candidat exerce une activité en rapport avec celle dont relève la soumission, par exemple sous forme d'un extrait du registre du commerce ou d'un registre professionnel;*
- b) déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis;*
- c) extrait du registre des poursuites et faillites;*
- d) pièces comptables;*
- e) certificat de qualité.*

Au vu de ce qui précède, les critères liés à la participation aux marchés publics genevois reposent sur une base légale cantonale valable. L'autorité d'adjudication est admise, par le législateur, à requérir la production d'un certain nombre d'informations et de justificatifs

démontrant que les critères susmentionnés sont remplis par l'entreprise souhaitant participer à la procédure. Parmi ces critères, figurent notamment la preuve de l'affiliation aux assurances sociales, ainsi que le respect des conditions de travail pratiquées sur le territoire de la République et canton de Genève (notamment les conditions salariales et relatives au temps de travail).

2. *Est-ce que cette pratique est conforme aux lois suisses en vigueur ?*

Tout d'abord, le Conseil d'Etat tient à relever que, conformément aux principes constitutionnels reconnaissant la souveraineté des cantons dans leurs domaines de compétences, il n'a pas à juger de la conformité des dispositions légales édictées par la République et canton de Genève. Ensuite, il apparaît que, selon les articles 54 et suivants du règlement genevois sur la passation des marchés publics, les entreprises concernées disposent du droit de recourir contre les décisions des autorités adjudicatrices. Sont concernées notamment les décisions d'appel d'offres et celles portant sur l'exclusion de la procédure. Il en résulte que l'application des conditions de participation aux marchés publics, dans la mesure où celle-ci est jugée trop contraignante où sources d'inégalité de traitement entre les concurrents dans un cas d'espèce, est susceptible d'être contrôlée par le biais d'un recours. La conformité de l'application du droit cantonal peut donc faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, fondé notamment sur le motif d'interdiction d'entrave à la concurrence.

3. *Le Conseil d'Etat est-il prêt à prendre des contacts avec le Conseil d'Etat du canton de Genève pour clarifier la situation ?*

Le Conseil d'Etat, au vu de ce qui précède et notamment des dispositions légales en vigueur dans la République et canton de Genève, considère que la situation est claire, particulièrement du point de vue du droit. Il prend acte néanmoins des préoccupations exprimées par les députés Wicht et Siggen. Le Conseil d'Etat enverra une copie de la présente réponse au Gouvernement genevois.

4. *Quelles sont les exigences du canton de Fribourg à l'égard des entreprises établies en Suisse ou à l'étranger qui décrochent un mandat sur notre canton ?*

Dans le canton de Fribourg, les conditions à la participation aux marchés publics sont déterminées dans le règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.11), qui prévoit à son article 6 et suivant :

L'adjudicateur peut demander au soumissionnaire des précisions sur :

- a) la nature et l'importance des marchés qui seront sous-traités ;
- b) le nom et le siège des participants à l'exécution du marché ;
- c) la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché.

L'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires :

- a) respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes ;
- b) garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions.

Les conditions de travail sont celles qui sont fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail ; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, qu'il a payé ses cotisations aux institutions sociales et ses impôts ou qu'il donne plein pouvoir à l'adjudicateur pour effectuer les contrôles.

Comme on peut le constater, les conditions à la participation dans le canton de Fribourg sont très similaires à celles ordonnées dans la République et canton de Genève. Ces critères sont intégrés aux conditions générales de la soumission et font l'objet de contrôles, s'il s'avère que le respect des conditions susmentionnées est douteux.

Fribourg, le 1^{er} mars 2011