

Réponse du Conseil d'Etat

Il convient tout d'abord de rappeler le contexte juridique général régissant l'attribution de mandats par une autorité investie de la puissance publique en Suisse. En 1994, la Confédération a ratifié l'Accord GATT du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422). Cet accord a été transposé en droit fédéral interne pour les marchés publics fédéraux par la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) et son ordonnance d'application du 11 décembre 1995 (OMP; RS 172.056.11). Pour les marchés des cantons et des communes, le droit international précité a été concrétisé par l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.5), lequel a été précisé par des lois et des règlements édictés par la quasi-totalité des cantons signataires. Le canton de Fribourg a ainsi adhéré à l'AIMP (RSF 122.91.2) et a édicté une législation d'application de cet accord intercantonal (loi du 11 février 1998 sur les marchés publics; RSF 122.91.1; règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics; RSF 122.91.11).

Il sied en outre de relever que d'autres textes légaux s'appliquent également dans le domaine des marchés publics, notamment la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) et plus particulièrement la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), qui est applicable sur l'ensemble du territoire de la Confédération.

Comme indiqué ci-dessus, la procédure fribourgeoise en matière d'adjudication de marchés publics est définie dans l'AIMP, la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics et le règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics. L'accord intercantonal énonce les buts de la réglementation sur les marchés publics, en détermine le champ d'application, édicte les principes généraux de procédure, détermine les voies de droit et fixe les valeurs seuils à partir desquelles l'accord est applicable. La loi cantonale se limite à consacrer l'application de l'AIMP dans le canton de Fribourg et à régler la procédure de recours contre les décisions d'adjudication au sens de cet accord. S'agissant du règlement d'application, il précise les procédures cantonales et détermine notamment les types de marchés et de procédures, la forme des publications des appels d'offres, les documents à fournir par les soumissionnaires, les délais, les critères d'adjudication, etc.

Sous la note marginale "Protection des travailleurs et conditions de travail", l'article 6a du règlement sur les marchés publics a la teneur suivante:

1 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.

2 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.

3 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.

Il résulte de ce qui précède que le droit d'application fribourgeois de l'AIMP prévoit l'obligation des adjudicateurs de s'assurer que les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et qu'en particulier les accords prévus par des conventions collectives de travail soient respectés. En l'état actuel du droit, cette protection ne s'étend toutefois pas à l'obligation, pour les entreprises intéressées, de ratifier ces conventions collectives pour être admises à soumissionner, sous peine d'être systématiquement écartées du marché proposé lors de la procédure d'adjudication. Par le texte déposé, le postulant invite le Conseil d'Etat à envisager pareille obligation, laquelle devrait vraisemblablement être intégrée dans le droit cantonal pour déployer ses effets.

Il ressort non seulement de l'AIMP et de sa législation d'application, mais également de l'AMP, la LMP et la LMI, que le but fondamental poursuivi par la législation en matière de marchés publics réside dans l'ouverture de ces derniers aux entreprises externes au territoire suisse ou à celui d'un canton particulier. Les objectifs visés sont clairement formulés: concurrence efficace entre les soumissionnaires; égalité de traitement lors des adjudications; transparence des procédures; etc. Le régime légal impose ainsi le principe selon lequel une autorité adjudicatrice ne peut pas attribuer de marchés publics aux offreurs locaux ou nationaux sans les soumettre à la concurrence d'entreprises extra-régionales ou étrangères.

La question se pose donc de savoir si la mesure proposée par le député Steiert, soit l'obligation implicite d'affiliation aux conventions collectives conclues dans les branches concernées, ne va pas à l'encontre du principe de libre concurrence qui prédomine dans la législation sur les marchés publics. A titre préliminaire, il convient de relever que l'obligation d'affiliation à une convention collective de travail n'est pas prévue par le droit fédéral ou cantonal, le cas de l'extension d'un pareil accord selon les dispositions de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311) devant être considéré comme particulier. La liberté d'affiliation ressort également de l'article 356a du code des obligations qui prévoit que les clauses d'une convention ou les accords entre les parties qui tendent à contraindre des employeurs ou des travailleurs à s'affilier à une association contractante sont nuls.

Il faut en conclure que le droit cantonal, par le biais de la législation sur les marchés publics, ne saurait imposer à une entreprise de s'affilier à une convention collective pour pouvoir participer à une soumission ouverte. Dans le même sens, une contrainte, formulée par le droit cantonal, tendant à obliger l'autorité d'adjudication à refuser systématiquement toute soumission déposée par une entreprise non signataire d'une convention collective ne saurait être tolérée.

Une disposition cantonale qui donnerait une suite positive au postulat serait également contraire aux articles 1 et 2 LMI qui imposent un accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse. A ce titre, il faut mentionner qu'au sens de cette loi, les conditions d'accès au marché sont déterminées par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement. Par conséquent, force est de constater qu'une entrave au marché public, fondée sur une obligation - nulle selon le CO - d'affiliation à une convention collective de travail, devrait être considérée, si ce n'est comme contraire à la LMI, à tout le moins comme inapplicable en regard des dispositions de cette loi. L'article 3 LMI admet certes quelques restrictions d'accès au marché en fonction du lieu de destination de la prestation, pour des motifs d'intérêts publics prépondérants, mais ces restrictions ne sauraient constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux. Vu que le postulant justifie partiellement sa proposition par un souci de

favoriser la bonne santé de l'économie cantonale, il ne fait aucun doute qu'une obligation, même implicite, d'affiliation à une convention constituerait une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché.

Finalement, il y a lieu de relever que la liberté d'affiliation est également applicable aux entreprises ayant leur siège dans le canton de Fribourg. Au-delà du but visé, la mesure proposée aurait par conséquent pour effet d'exclure de l'adjudication des marchés publics certaines entreprises fribourgeoises, dont les intérêts méritent également d'être pris en considération d'un point de vue économique.

Sur le vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat est d'avis que le contenu actuel du règlement sur les marchés publics est suffisant pour atteindre le but de protection des travailleurs et des entreprises signataires de conventions collectives dans le canton de Fribourg. La pratique démontre par ailleurs que, s'appuyant sur l'article 6a dudit règlement, les collectivités publiques requièrent régulièrement que les entreprises non signataires de conventions s'engagent à en respecter les termes lors de la procédure de soumission à un marché public. Cet engagement doit généralement faire l'objet d'une déclaration écrite requise dans la liste des documents à fournir dans le cadre de la soumission. Ainsi, sans transgresser les principes de la libre concurrence et de la libre affiliation aux conventions, cette pratique répond déjà aux vœux du postulant en assurant la protection sociale et économique recherchée.

En conclusion, le Conseil d'Etat estime qu'il n'a d'autre possibilité que celle de proposer le rejet du postulat. Par contre, il s'engage - pour autant qu'il dispose des moyens nécessaires à cet effet - à intensifier les contrôles concernant le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail.

- La discussion et le vote sur la prise en considération de ce postulat ont eu lieu ce jour.

Fribourg, le 30 novembre 2004