



Intervention parlementaire

Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention : 206-2024
Type d'intervention : Interpellation
Motion ayant valeur de directive : ☐
N° d'affaire : 2024.RRGR.281

Déposée le : 09.09.2024

Motion de groupe : Non
Motion de commission : Non
Déposée par : Widmer (Bern, Les VERT-E-S) (porte-parole)
Kohler (Meiringen, Les VERT-E-S)
Lindegger (Roggwil, Les VERT-E-S)

Cosignataires : 0

Urgence demandée : Non
Urgence accordée :

N° d'ACE : 203/2025 du 26 février 2025
Direction : Direction des finances
Classification : Non classifié

Quid des peines conventionnelles lors de contrats avec des prestataires de services externes ?

Qu'il s'agisse de construire un immeuble ou de fournir une solution informatique ou une prestation, il est très fréquent que le canton commande des services en concluant des contrats avec des entreprises externes. Dans l'économie privée, ces contrats sont en général assortis d'une peine conventionnelle pour le cas où une partie ne respecterait pas le contrat – autrement dit, lorsqu'elle ne s'acquitte pas de ses obligations contractuelles ou pas de manière suffisante. Parmi les exemples typiques figurent les délais non respectés ainsi que la violation d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence.

Le Conseil-exécutif est prié de répondre aux questions suivantes :

1. Les contrats conclus entre le canton et des partenaires externes sont-ils systématiquement assortis de clauses introduisant des peines conventionnelles ? Dans la négative, dans quels cas (Directions, types de contrat) est-il commun d'introduire une telle clause et dans quels cas ne le fait-on pas (encore) ?
2. Quelles sont les raisons qui pourraient s'opposer à l'inclusion d'une clause prévoyant une peine conventionnelle – par exemple en cas de retard de livraison – dans un contrat ?
3. Quels sont les points sur lesquels le canton a l'habitude d'introduire des peines conventionnelles dans les contrats qu'il conclut ?
4. Dans combien de cas le canton a-t-il fait valoir une peine conventionnelle ces cinq dernières années ? Quelles sont les Directions concernées ? Dans combien de cas le canton a-t-il eu gain de cause lorsqu'il a voulu appliquer une peine conventionnelle ?

5. Dans combien de cas le canton a-t-il demandé et obtenu ces cinq dernières années des dommages et intérêts (notamment dans le cadre de contrats ne prévoyant pas de peine conventionnelle) lorsque des retards ou d'autre contretemps imputables au ou à la prestataire avaient causé un dommage ?
6. Quels sont les autres leviers, omission faite des peines conventionnelles et des actions en dommages-intérêts, dont le canton dispose en tant que partie à un contrat lorsque les services convenus ne sont pas fournis comme prévu ?

Réponse du Conseil-exécutif

Les réponses relatives à la pratique contractuelle de l'administration cantonale fournies ci-après reposent sur les résultats d'une enquête réalisée à l'automne 2024 auprès des Directions, de la Chancellerie d'État et de la magistrature.

1. Les contrats conclus entre le canton et des partenaires externes sont-ils systématiquement assortis de clauses introduisant des peines conventionnelles ? Dans la négative, dans quels cas (Directions, types de contrat) est-il commun d'introduire une telle clause et dans quels cas ne le fait-on pas (encore) ?

En pratique, des peines conventionnelles sont convenues lorsque les modèles de contrat utilisés et les conditions générales (CG) appliquées en prévoient. C'est notamment le cas des modèles et CG que l'administration cantonale a conçus pour la fourniture de biens ou de services ainsi que pour le domaine informatique (cf. www.be.ch/gc).

Les CG ne s'appliquent pas à certains contrats de moindre envergure. En outre, il est la plupart du temps impossible d'imposer les CG cantonales dans les contrats-types des soumissionnaires jouissant d'une position dominante sur le marché (p. ex. contrats de licence de logiciels standard).

Des garanties supplémentaires sont fixées par contrat en particulier par les offices des constructions, conformément à ce que prévoient les modèles de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB). De plus, les contrats de construction définissent en règle générale des normes de construction spécifiques en fonction du projet, en particulier la norme SIA 118.

2. Quelles sont les raisons qui pourraient s'opposer à l'inclusion d'une clause prévoyant une peine conventionnelle – par exemple en cas de retard de livraison – dans un contrat ?

L'avantage des peines conventionnelles est qu'elles facilitent les demandes en dommages et intérêts. L'inconvénient, c'est qu'elles peuvent, dans certaines circonstances, inciter les parties visées à majorer d'autant le prix de leur offre, voire les dissuader de répondre à l'appel d'offres en raison des risques encourus.

3. Quels sont les points sur lesquels le canton a l'habitude d'introduire des peines conventionnelles dans les contrats qu'il conclut ?

Les principales situations pour lesquelles les modèles de contrat et CG cantonaux prévoient des peines conventionnelles sont les suivantes, sachant que cela peut varier d'un cas à l'autre :

- Infractions aux dispositions légales sur la protection des travailleurs et aux conditions de travail, à la loi sur les travailleurs détachés, à l'égalité salariale ainsi qu'à la législation régissant la lutte contre le travail au noir et la protection de l'environnement

- Inobservation de l'obligation de garder le secret
- Retard d'exécution, p. ex. lors de l'évaluation des travaux réalisés

En outre, l'article 5 de l'ordonnance concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics (OAIMP) dispose qu'une peine conventionnelle doit être prévue pour sanctionner les soumissionnaires ou fournisseurs qui passent des accords affectant la concurrence, à moins que ce risque d'entente soit faible.

Dans de rares cas, d'autres peines conventionnelles ou clauses similaires peuvent être fixées en fonction du marché, par exemple des règles de bonus/malus en cas d'inobservation de certains indicateurs de prestation, comme la disponibilité d'un système informatique, ou de dépassement des délais dans le cadre d'un projet de construction.

4. Dans combien de cas le canton a-t-il fait valoir une peine conventionnelle ces cinq dernières années ? Quelles sont les Directions concernées ? Dans combien de cas le canton a-t-il eu gain de cause lorsqu'il a voulu appliquer une peine conventionnelle ?

L'enquête réalisée au sein de l'administration rapporte un seul cas de recouvrement fructueux d'une peine conventionnelle, à savoir par la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement. Aucune autre unité administrative n'a signalé avoir recouvré de peine conventionnelle.

L'enquête ne portait pas sur les bonus/malus facturés dans le cadre du décompte périodique, qui ne sont donc pas pris en compte.

5. Dans combien de cas le canton a-t-il demandé et obtenu ces cinq dernières années des dommages et intérêts (notamment dans le cadre de contrats ne prévoyant pas de peine conventionnelle) lorsque des retards ou d'autre contretemps imputables au ou à la prestataire avaient causé un dommage ?

Aucun cas de cette nature n'a été constaté lors de l'enquête réalisée au sein de l'administration.

6. Quels sont les autres leviers, omission faite des peines conventionnelles et des actions en dommages-intérêts, dont le canton dispose en tant que partie à un contrat lorsque les services convenus ne sont pas fournis comme prévu ?

Autres leviers :

- Rétractation, suivie soit d'un nouvel appel d'offres soit de l'attribution du marché au soumissionnaire arrivé en deuxième position (si prévu dans l'appel d'offres) ou à une autre entreprise (dans les procédures de gré à gré)
- Exécution par un tiers de substitution aux frais de l'entreprise fautive (si prévu au contrat)
- Action en exécution conforme du contrat (inhabituel)
- Conclusion d'une assurance contre la mauvaise exécution du contrat (inhabituel)
- Moyens indirects, en cas de comportement fautif avéré : exclusion des futures procédures d'appel d'offres ou fourniture de mauvaises références, voire les deux

Dans le secteur du bâtiment, les peines conventionnelles ne couvrent souvent qu'une petite partie du dommage potentiel. C'est pourquoi les contrats des offices des constructions comprennent aussi les clauses suivantes :

- Engagement de responsabilité pour les erreurs commises par les ingénieurs et les architectes
- Retenues sur les factures en garantie de l'exécution du contrat

- Délai de réclamation, assorti de la fourniture d'une caution solidaire, pour faire réparer les défauts constatés pendant ce délai, aux frais du mandataire

Destinataire

– Grand Conseil