



Date: 05.02.2016

# Procédure d'audit: révision des conditions générales relatives à l'achat de services et des conditions générales relatives à l'achat de biens

Commentaire des projets de révision

## Sommaire

1.	Contexte et objectifs de la révision .....	2
2.	Révision des CG relatives à l'achat de services et des CG relatives à l'achat de biens ...	3
2.1	Dispositions concernant les deux documents.....	3
2.2	Dispositions spécifiques aux CG relatives à l'achat de services .....	6
2.3	Dispositions spécifiques aux CG relatives à l'achat de biens .....	7



## 1. Contexte et objectifs de la révision

Les conditions générales relatives à l'achat de services (CG-S) et les conditions générales relatives à l'achat de biens (CG-B) applicables à l'administration fédérale n'ont jamais été soumises à une révision matérielle complète depuis leur mise en vigueur en mars 2001. En novembre 2013, la Conférence des achats de la Confédération (CA) a chargé le *comité de révision des CG relatives à l'achat de biens et des CG relatives à l'achat de services* (appelé ci-après «comité de révision») de déterminer si et, le cas échéant, dans quelle mesure les dites CG devaient être remaniées.

L'analyse et les travaux de révision subséquents ont été régis par les principes fondamentaux suivants:

- les CG de la Confédération doivent être telles que la sécurité juridique soit assurée;
- les risques et chances juridiques doivent être répartis entre les parties contractantes de sorte à garantir la protection des investissements de la Confédération;
- les dispositions des CG doivent être adaptées à la réalité économique et technologique que connaissent les parties;
- les CG doivent être bien acceptées dans la pratique et leur utilisation doit constituer la règle; en cas de doute, la Confédération se fonde sur le code des obligations et, à titre subsidiaire, sur les usages en vigueur dans la branche;
- les CG révisées doivent être largement harmonisées avec les autres CG de la Confédération et avec les CG des entreprises de la Confédération (en particulier les CFF et La Poste Suisse);
- la structure des CG doit être remaniée et modernisée.

Dans le cadre de ses travaux, le comité de révision, constitué de juristes et de praticiens de l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), de l'Office fédéral des routes (OFROU), d'armasuisse, de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), des écoles polytechniques fédérales de Zurich et de Lausanne, des CFF et de la Poste, a constaté que les CG devaient être révisées. L'année dernière, il a élaboré les projets de révision faisant l'objet du présent commentaire.

Les documents ont été consolidés au début de 2015 et, le 26 février 2015, ils ont été approuvés par la CA. Au début de l'été 2015, les projets de révision ont été mis en consultation auprès des offices. Après le dépouillement et l'analyse des avis exprimés par les offices, le comité de révision a procédé à diverses adaptations des projets de révision. Ce sont ces projets remaniés qui font l'objet de la présente procédure d'audition, au cours de laquelle tous les intéressés sont invités à se prononcer sur les CG révisées. L'approbation par la CA des GC révisées est prévue pour la fin du deuxième trimestre 2016. Selon toutes prévisions, celles-ci entreront en vigueur ensuite en vigueur en juillet 2016.

Les projets de révision clarifient, précisent et actualisent les CG. Ils contiennent davantage d'articles que les CG en vigueur. Cela s'explique d'une part par le fait que certaines dispositions ont été scindées et réparties entre plusieurs articles, d'autre part par l'intégration de nouvelles dispositions répondant aux attentes des utilisateurs des CG, telles que les dispositions sur la protection et la sécurité des données, sur la responsabilité, sur les prescriptions relatives à l'importation ainsi que sur le recours à des tiers. Aucun élément du contenu n'a été supprimé et les dispositions qui ont fait leurs preuves ont été conservées. Par contre, on a procédé à de nombreuses adaptations formelles et linguistiques. Au cours de différentes étapes du projet, le comité de révision a collaboré avec des spécialistes externes, auxquels il a demandé des avis et des expertises. Concernant de nombreux points, une comparaison avec d'autres CG de la Confédération et avec des CG des entreprises de la Confédération (CFF, la Poste) a été effectuée en vue d'une harmonisation aussi large que possible.



## 2. Révision des CG relatives à l'achat de services et des CG relatives à l'achat de biens

Le présent document expose les principales modifications apportées aux CG-S et aux CG-B. Le chapitre 2.1 porte sur les modifications essentielles communes aux deux textes, tandis que les chapitres 2.2 et 2.3 traitent des nouveautés spécifiques à chacun d'eux.

### 2.1 Dispositions concernant les deux documents

#### 2.1.1 Offre (ch. 2 des CG-S révisées et CG-B révisées)

Le contenu de ce chapitre a principalement été remanié sur le plan rédactionnel et adapté au déroulement chronologique du processus d'achat. Par ailleurs, on a introduit une disposition selon laquelle le mandataire ou le vendeur est tenu d'indiquer séparément la TVA dans son offre. En cas d'achat de biens, il faut également indiquer les coûts de transport.

#### 2.1.2 Recours à des tiers (ch. 5 des CG-S révisées; ch. 3 des CG-B révisées)

L'exécution des contrats portant sur l'acquisition de services ou sur l'acquisition de biens nécessite régulièrement le recours à des fournisseurs, sous-traitants, etc. Une nouvelle disposition est introduite à ce sujet dans les CG révisées. Elle s'inspire des CG de la Confédération pour les services informatiques.

Dans les marchés de services, il est souvent particulièrement important que le partenaire contractuel fournisse personnellement la prestation convenue; c'est pourquoi le recours à des tiers est subordonné à l'accord écrit préalable du mandant. Les CG révisées disposent que le mandataire ou le vendeur répond de la bonne exécution des prestations contractuelles même s'il fait appel à des tiers.

Par ailleurs, ce chapitre prévoit que les obligations définies des dispositions relatives aux collaborateurs affectés à l'exécution du contrat (ch. 4 CG-S révisées), à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité salariale entre femmes et hommes (ch. 6 CG-S révisées et ch. 4 CG-B révisées), au maintien du secret (ch. 12 CG-S révisées et ch. 13 CG-B révisées), à la protection et sécurité des données (ch. 13 CG-S révisées et ch. 14 CG-B révisées) soient imposées aux tiers auxquels il est fait appel.

#### 2.1.3 Dispositions relatives à la protection des travailleurs, conditions de travail et égalité salariale entre hommes et femmes (ch. 6 des CG-S révisées; ch. 4 des CG-B révisées)

Dans les CG en vigueur, ces points sont mentionnés sous le chiffre intitulé «*Procédure*» (ch. 11 des CG-S; ch. 9 des CG-B). Dans les CG révisées, ils sont mentionnés dans le titre même d'un chiffre qui met en œuvre le mandat du Conseil fédéral concernant une politique d'achats durables<sup>1</sup>. Ce chiffre se fonde sur les autres CG de la Confédération et sur les CG de la Poste.

Les CG révisées contiennent une réglementation applicable aux mandataires ou vendeurs ayant leur siège à l'étranger et stipulent que les conventions fondamentales de l'Organisation

<sup>1</sup> Voir le document «Stratégie pour le développement durable 2016-2019» ainsi que le document «Achats durables. Recommandations aux services d'achat de la Confédération», Berne, 2014. Ce dernier peut être consulté à l'adresse <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/hilfsmittel/merkblaetter.html> (état: 5 février 2016).



internationale du travail<sup>2</sup> constituent les dispositions minimales à respecter lorsque les prestations sont fournies à l'étranger. En outre, une disposition a été ajoutée pour le cas où des travailleurs de l'étranger sont détachés en Suisse<sup>3</sup>.

#### **2.1.4 Rémunération (ch. 7 des CG-S révisées; ch. 9 des CG-B révisées)**

La liste des coûts et prestations mentionnés dans les dispositions comme étant couverts par la rémunération convenue par contrat a été remaniée. On a par ailleurs introduit une disposition selon laquelle la TVA doit être indiquée séparément sur la facture.

Une autre nouveauté concerne l'obligation, pour le mandataire ou le vendeur, de recourir à la facturation électronique<sup>4</sup> si la valeur du contrat est supérieure à 5000 francs (ch. 7.4 des CG-S révisées et ch. 9.4 des CG-B révisées). Cette adaptation intervient dans le cadre de la *stratégie suisse de cyberadministration*<sup>5</sup>, laquelle prévoit la facturation et le paiement électroniques comme projet prioritaire. Elle tient également compte de la décision du Conseil fédéral du 8 octobre 2014, qui impose la facturation électronique au sein de l'administration fédérale. Le processus astreignant de l'échange de factures s'en verra accéléré, les travaux manuels seront automatisés et les risques d'erreur réduits au minimum. Le remplacement des factures imprimées par des factures électroniques permettra à toutes les parties de réduire considérablement leurs coûts.

#### **2.1.5 Demeure (ch. 8 des CG-S révisées; ch. 10 des CG-B révisées)**

Les CG révisées ne mentionnent plus les conséquences légales de la mise en demeure visées à l'art. 107 du code des obligations.

#### **2.1.6 Responsabilité (ch. 9 des CG-S révisées; ch. 11 des CG-B révisées)**

En réponse aux demandes issues des milieux utilisant les CG, le comité de révision a décidé de séparer, dans les CG révisées, la question de la garantie de celle de la responsabilité. Les dispositions relatives à cette dernière sont regroupées sous le ch. 9 des CG-S révisées et sous le ch. 11 des CG-B révisées. Comme dans les CG pour les services informatiques, la responsabilité pour le manque à gagner est exclue. Par ailleurs, la règle relative à la responsabilité pour les auxiliaires a été transférée dans ces dispositions.

#### **2.1.7 Maintien du secret (ch. 12 des CG-S révisées; ch. 13 des CG-B révisées)**

Mentionnées sous «*Confidentialité*» dans les CG en vigueur, ces dispositions figurent sous le titre «*Maintien du secret*» dans les CG révisées. Celles-ci contiennent une nouvelle disposition selon laquelle les faits et informations doivent être traités de manière confidentielle dès qu'il y a lieu de présumer l'existence d'un intérêt au maintien du secret. L'intérêt des unités

<sup>2</sup> Conventions n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS 0.822.713.9), n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS 0.822.719.7), n° 8 du 1<sup>er</sup> juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS 0.822.719.9), n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0), n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (RS 0.822.720.5), n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1), n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8), n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS 0.822.728.2).

<sup>3</sup> Cette disposition renvoie à la loi sur les travailleurs détachés (RS 823.20).

<sup>4</sup> <http://www.e-rechnung.admin.ch>.

<sup>5</sup> Pour de plus amples informations: <http://www.egovernment.ch/index.html?lang=fr> (état: 5 février 2016).



d'organisation au maintien du secret doit être évalué au cas par cas et peut, en fonction de la situation, faire l'objet d'accords contractuels plus ou moins stricts.

Les CG révisées prévoient que l'obligation de garder le secret ne vaut pas pour les données qui doivent être publiées dans la liste annuelle des marchés d'une valeur supérieure à 50 000 francs (ch. 12.2 des CG-S révisées; ch. 13.2 des CG-B révisées). Les données concernées sont spécifiées. Cette disposition met en œuvre la motion Graf-Litscher 14.3045, qui a été approuvée par le Conseil fédéral et qui demande que les informations clés concernant les marchés soumis à la loi fédérale sur les marchés publics et dont la valeur dépasse 50 000 francs soient publiées une fois par an sous une forme permettant une lecture automatisée, afin d'informer le public de manière transparente sur les adjudications de la Confédération et de prévenir les abus.

Une autre nouveauté introduite dans les CG consiste dans la disposition selon laquelle l'obligation de garder le secret s'applique sous réserve des obligations de renseignement prévues par la loi, telles que l'obligation de donner accès aux documents officiels inscrite dans la loi sur la transparence (LTrans)<sup>6</sup>.

Dernière nouveauté en lien avec l'obligation de garder le secret, les projets de révision prévoient une peine conventionnelle en cas de violation de cette dernière (ch. 12.3 des CG-S révisées; ch. 13.3 des CG-B révisées). Cette disposition doit permettre de protéger les intérêts des parties et avoir un effet sur le comportement.

### **2.1.8 Protection et sécurité des données (ch. 13 des CG-S révisées; ch. 14 des CG-B révisées)**

Une clause destinée à protéger les données livrées par les parties durant la procédure d'adjudication a été introduite. Cet ajout s'inscrit dans le cadre de l'harmonisation des CG-S révisées et des CG-B révisées tant avec les CG de la Confédération pour les services informatiques qu'avec les CG relatives à l'achat de biens et les CG relatives à l'achat de services de la Poste. Le comité de révision le considère comme une mesure appropriée pour renforcer la protection des données échangées dans le cadre de la procédure d'adjudication contre leur consultation par des tiers non autorisés.

### **2.1.9 Modifications du contrat, contradictions et nullité partielle (ch. 16 des CG-S révisées et des CG-B révisées)**

Cette nouvelle disposition, centrale, a été introduite pour répondre à la demande des utilisateurs des CG. Elle est fondée sur les CG de la Confédération pour les services informatiques et sur les CG-B et les CG-S de la Poste. La règle selon laquelle les modifications et compléments apportés au contrat requièrent la forme écrite y a été intégrée. Par ailleurs, l'ordre de priorité des documents déterminants y est défini, de même que les cas de nullité partielle du contrat.

### **2.1.10 Droit applicable et for (ch. 17 des CG-S révisées et des CG-B révisées)**

La réglementation relative au droit applicable n'a été modifiée que sur le plan rédactionnel.

La clause concernant le for a été précisée en distinguant deux cas. Pour les actions intentées contre la Confédération, le for est à Berne, conformément à l'art. 10, al. 1, let. c, du

---

<sup>6</sup> Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.3).



code de procédure civile (CPC). Sont concernées les actions intentées contre les offices fédéraux, les départements et les unités de l'administration fédérale décentralisée sans personnalité juridique. Pour les actions dirigées contre les établissements et corporations de droit public et les personnes morales visés à l'art. 10, al. 1, let. b, CPC (par ex. l'EPFZ, l'EPFL ou les CFF), le for est au siège desdits établissements, corporations et personnes morales. Les CG révisées ont été complétées dans ce sens.

### **2.1.11 Dispositions sur les peines conventionnelles**

Comme dans les CG pour les services informatiques, les dispositions relatives aux peines conventionnelles tiennent compte de la question de la faute (ch. 6.3, 8.2, 12.3 des CG-S révisées et ch. 4.3, 10.2, 13.3 des CG-B révisées).

## **2.2 Dispositions spécifiques aux CG relatives à l'achat de services**

### **2.2.1 Collaborateurs affectés à l'exécution du contrat (ch. 4 des CG-S révisées)**

Le choix des collaborateurs peut jouer un rôle crucial dans le cadre de l'exécution d'un marché de services. On a introduit dans les CG-S, en s'inspirant des CG pour les services informatiques, une disposition réglant spécifiquement la question des collaborateurs affectés à l'exécution du contrat. La règle du ch. 4.2 des CG-S révisées, selon laquelle le remplacement de collaborateurs n'est possible qu'avec l'accord écrit du mandant, permet de prévenir le remplacement impromptu de collaborateurs et renforce la position du mandant.

### **2.2.2 Garantie**

Le contenu du ch. 8 («*Garantie*») des CG-S en vigueur a été intégré dans d'autres dispositions pour des raisons pratiques. L'obligation incombant au mandataire d'exécuter le mandat soigneusement et fidèlement est inscrite au ch. 3.1 («*Exécution du contrat*») des CG-S révisées. Quant au principe de la responsabilité pour les auxiliaires, il a été intégré dans la disposition sur la responsabilité (ch. 9 des CG-S révisées).

### **2.2.3 Assurances sociales (ch. 10 des CG-S révisées)**

Une disposition relative aux assurances sociales a été introduite dans les CG-S.

### **2.2.4 Droits de propriété (ch. 11 des CG-S révisées)**

Le ch. 11.2 des CG-S révisées contient de nouvelles dispositions, applicables aux cas où les résultats d'une activité font partie de l'objet du contrat mais n'ont pas été obtenus dans le cadre de l'exécution de ce dernier.

La disposition figurant au ch. 5.3 des CG-S en vigueur, selon laquelle le mandant doit informer immédiatement le mandataire de toute prétention de tiers liée à une violation des droits de propriété, a été supprimée. Les membres du comité de révision estiment qu'elle restreint la marge de manœuvre formelle: la dénonciation d'instance est réglée de manière générale par l'art. 78 CPC, dont la formulation est potestative. En abandonnant cette disposition, la Confédération se réserve toutes les options.



## 2.3 Dispositions spécifiques aux CG relatives à l'achat de biens

### 2.3.1 Champ d'application (ch. 1 des CG-B révisées)

Le champ d'application des CG-B révisées comprend non seulement la conclusion, le contenu et l'exécution des contrats, mais également les éventuels travaux d'installation. La question des travaux d'installation est réglée au ch. 8 («*Remise et installation des biens*»).

### 2.3.2 Fourniture de matériel, de modèles ou de moyens de production (ch. 6 des CG-B révisées)

Dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'achat de biens, il arrive régulièrement que l'acheteur fournisse du matériel au vendeur. Les CG-B révisées tiennent compte de la nécessité pour les services adjudicateurs de disposer d'une réglementation à ce sujet: le nouveau ch. 6.1 définit la procédure générale applicable et les rapports de propriété.

Par ailleurs, le ch. 6.2 réglemente l'utilisation des modèles et autres moyens mis à la disposition du vendeur pour l'élaboration de l'offre ou l'exécution du contrat.

### 2.3.3 Prescriptions relatives à l'importation (ch. 7 des CG-B révisées)

Le comité de révision a tenu compte des demandes de l'EPFZ concernant l'intégration dans les CG-B révisées de dispositions relatives aux prescriptions en matière d'importation et d'exportation. Il a ainsi introduit le nouveau ch. 7, en se fondant, dans un souci d'harmonisation, sur les CG de la Confédération pour les contrats d'entreprise dans le domaine informatique.

### 2.3.4 Remise et installation des biens (ch. 8 des CG-B révisées)

Les représentants des milieux utilisant les CG-B ont émis la critique selon laquelle ces dernières règlent de manière lacunaire les questions de la remise, du contrôle et de l'installation des biens. Le comité de révision a pris acte de cette critique et, s'inspirant des CG-B de la Poste, a introduit, au ch. 8, une disposition portant sur ces points.

### 2.3.5 Garantie (ch. 12 des CG-B révisées)

Les dispositions des CG-B révisées concernant la garantie concordent dans les grandes lignes avec celles des CG-B en vigueur. A la demande de représentants des milieux utilisant les CG-B, la disposition relative à l'obligation pour l'acheteur de contrôler les biens a été intégrée dans les dispositions concernant la remise et l'installation (ch. 8.4 des CG-B révisées).

En cas de défaut, le ch. 12.2 prévoit la possibilité pour l'acheteur de demander l'élimination du défaut, par analogie avec les CG pour les services informatiques.

Les utilisateurs des CG-B ayant signalé que la situation juridique concernant le délai de garantie pour les pièces remplacées n'était pas claire, on a introduit, au ch. 12.4 des CG-B révisées, une disposition réglant le délai de garantie applicable aux pièces qui ont été remplacées ou dont les défauts ont été éliminés durant le délai de garantie.