

Résumé du document de travail sur la législation des marchés publics

Prise en compte des aspects sociaux dans les achats publics

Marc Steiner, licencié en droit, avocat

4^e version actualisée, rédigée sur mandat de la Communauté d'Intérêt Écologie et Marché Suisse (CIEM), Berne, octobre 2017

A l'occasion de la réforme actuelle de la législation sur les marchés publics, la CIEM a demandé au juriste Marc Steiner de réviser le document rédigé à ce sujet en 2009¹ pour l'adapter aux récentes évolutions du droit. Toutes les citations apparaissant dans le présent document sont extraites du texte de Marc Steiner².

Sous l'appellation « *aspect sociaux* », l'auteur traite en détail des normes minimales auxquelles sont soumis les achats publics en matière d'égalité des sexes et de conditions de travail, la formation d'apprentis et les standards sociaux (y. c. salaires permettant de couvrir les besoins de base) couvrant la production à l'étranger. Il aborde notamment dans ce contexte les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT). Le document met l'accent sur les éléments de la doctrine juridique qui déterminent l'admissibilité d'une prise d'influence sur les conditions de travail à l'étranger.

L'accord sur les marchés publics et les aspects sociaux

L'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) du 15 avril 1994 établit les dispositions de droit international auxquelles les législations en matière d'achats publics des Etats signataires doivent se conformer. Cet accord fixe des normes minimales, mais laisse aux Etats une certaine marge de manœuvre pour définir leur propre politique économique. En principe, les Etats sont donc autorisés, sous certaines conditions, à prendre en compte les aspects liés au développement durable et aux critères sociaux, même si ceux-ci ne sont pas explicitement mentionnés dans l'AMP. S'il en allait autrement, la directive européenne 2014/24/UE serait déclarée contraire au droit international, une conception qui n'est pas soutenue par la doctrine. Les questions restées en suspens doivent être approfondies au cours d'un processus défini en 2012 dans le cadre de la révision de l'AMP.

« Une certaine marge de manœuvre est laissée aux Etats pour élaborer une notion d'économicité prenant en compte le bien commun, ce qui s'est clairement manifesté lors du symposium de l'OMC sur les marchés publics durables tenu le 22 février 2017. Cette interprétation de l'AMP correspond à la conception selon laquelle cet accord offre davantage de latitude que le droit de l'OMC classique pour définir les conditions de production. » En effet, il s'agit « seulement » de réguler les décisions des pouvoirs publics concernant leur consommation ; la demande privée reste donc soumise aux forces du marché – contrairement à ce qui découlerait d'une interdiction d'importation.

Produits fabriqués à l'étranger : critères d'exclusion des marchés en cas de non-respect des normes sociales minimales

« Pour les produits fabriqués à l'étranger (par ex. les textiles de Thaïlande) et livrés en Suisse, on considère toujours que le lieu de fourniture de la prestation est le pays de production. » C'est donc la législation en vigueur dans ce pays qui s'applique. Les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) doivent en tous les cas être respectées, même si la législation locale est moins stricte. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'avant-projet de LMP 2008 (art. 25, al. 3, 2^e phrase), et, depuis le 1^{er} janvier 2010, l'art 7, al. 2 de l'ordonnance sur les marchés publics

¹ Ont notamment été pris en compte l'Accord sur les marchés (AMP) révisé de l'OMC (Government Procurement Agreement [GPA 2012]), les nouvelles directives de l'Union européenne (en particulier la directive 2014/24/UE du 26 février 2014), outre leur introduction en Allemagne, ainsi que l'avant-projet de nouvel accord intercantonal (AIMP) du 18 septembre 2014 et de nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 15 février 2017.

² Ce document en allemand peut être téléchargé sur www.igoeb.ch et www.nachhaltige-beschaffung.ch.

(OMP). Le respect des conventions peut donc être exigé dans tous les cas dans les 183 Etats membres de l'OIT, même si ceux-ci n'ont pas ratifié la convention en question.

L'actuelle LMP offre déjà une base légale pour exclure d'un marché les soumissionnaires ne respectant pas les conventions de l'OIT. Ce critère d'exclusion s'inscrit dans une approche globale des conséquences de la mondialisation et vise à promouvoir une saine concurrence. Il doit permettre d'éviter que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages concurrentiels parce qu'ils ne respectent pas les normes minimales en matière de conditions de travail, une situation dont l'Etat tirerait profit, tout en contrevenant à ses engagements en tant que membre de l'OIT. Le droit des marchés publics fournit à l'adjudicateur un instrument pour préserver sa réputation.

Il est nécessaire de disposer d'une base légale explicite pour que le non-respect d'« exigences pour des conditions de travail respectant la dignité humaine » plus strictes devienne un critère d'exclusion des marchés publics. Cela vaut pour les conventions « ordinaires » de l'OIT que le pays de production n'a pas ratifiées, mais aussi pour exiger des salaires permettant de couvrir les besoins de base (« salaires vitaux » ou « living wages » en anglais). Afin d'accroître leur compétitivité sur le marché mondial, certains Etats fixent le salaire minimum légal à un niveau beaucoup plus bas que le niveau de subsistance, ce qui représente un risque pour la réputation de l'adjudicateur. Afin de prévenir ce risque, il peut sembler judicieux, lors de l'adjudication d'un marché dans certains pays de production (et uniquement pour des secteurs à risques, comme le secteur textile), « de fixer un salaire minimal correspondant plutôt au niveau de subsistance, ou de récompenser par un avantage comparatif le versement de salaires supérieurs au minimum légal ». L'AMP concède aux pouvoirs publics une certaine liberté pour tenir compte, lors d'adjudications de marchés publics, des conditions salariales de leurs fournisseurs, car leurs décisions n'affectent pas les consommateurs privés, contrairement à une interdiction générale d'importer des textiles produits sans garantie de salaires couvrant les besoins vitaux. Cette liberté va de soi pour les pays non membres de l'APM.

Contrôle de l'application des normes sociales minimales

Le contrôle des normes sociales minimales pose lui aussi des questions d'ordre juridique. Lors de l'évaluation de la conformité à la législation sur les marchés publics, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a estimé que seuls les critères d'adjudication susceptibles d'être contrôlés et évalués étaient admissibles. Cependant, « les normes minimales (et l'exclusion du soumissionnaire) peuvent être contestées du point de vue politique au motif qu'elles sont difficilement applicables et contrôlables, mais pas du point de vue juridique ».

L'efficacité du contrôle est liée au type d'attestation demandé et aux modalités de vérification de celles-ci. Lorsque certains certificats sont exigés, les attestations équivalentes doivent en tous cas être admissibles. Les recommandations de la commission des achats de la Confédération (aujourd'hui Conférence des achats de la Confédération) demandent de vérifier que les sous-traitants et les fournisseurs respectent aussi les conventions fondamentales de l'OIT, bien que pour des raisons d'efficacité administrative, le contrôle se limite aux tiers importants qui réalisent une part essentielle de la commande publique ou interviennent à des étapes de production comportant un risque particulier. En cas de non-respect des conventions fondamentales de l'OIT, les recommandations préconisent des sanctions à l'encontre du soumissionnaire principal. Dans les textes révisés et harmonisés de la LMP et de l'AIMP, la prise en compte des sous-traitants et des fournisseurs est inscrite dans la loi comme l'un de ses objectifs explicites.

« D'un point de vue juridique, le fait que l'adjudicateur influence les conditions de production dans un pays étranger (en ordonnant par exemple un audit au Bangladesh) ne pose pas problème, car il agit alors en tant que consommateur, et non en tant que puissance publique visant une régulation extraterritoriale de la production et du commerce (comme dans le cas d'une interdiction d'importation). »

Les aspects sociaux et les normes du commerce équitable peuvent en principe être des critères d'adjudication...

Selon l'AMP, le marché est adjugé au soumissionnaire qui est en mesure de réaliser la prestation et « dont l'offre est soit la moins chère, soit la plus avantageuse d'un point de vue économique (*most advantageous*) en fonction de critères d'évaluation spécifiques mentionnés dans l'appel d'offre ou dans les documents annexes ». Les Etats membres sont donc libres d'opter soit pour le prix le plus bas ou soit pour le rapport qualité-prix le plus avantageux. La Suisse a clairement pris parti pour le meilleur rapport qualité-prix. Les jurisprudences cantonales et le jugement de la CJUE dans l'affaire Max Havelaar permettent de conclure que des critères supplémentaires peuvent jouer un rôle dans l'évaluation de l'offre la plus avantageuse, sans pour autant contrevenir à l'AMP.

« Si la prise en compte d'un dispositif de formation des apprentis, sous réserve d'une base légale suffisante, est conforme à l'AMP, comme on le soutient ici (dans l'hypothèse où tous les Etats membres de l'AMP possèdent un système de formation équivalent), le même raisonnement doit s'appliquer s'agissant d'avantager un soumissionnaire qui respecte les aspects sociaux, entre autres les exigences du commerce équitable. » Le fait que l'AMP autorise la prise en compte des aspects écologiques, qui n'influencent pas directement le produit, mais ont des effets positifs sur l'environnement dans son ensemble, constitue un autre argument en faveur de la prise en compte des aspects sociaux. Le fait d'offrir à un soumissionnaire un avantage comparatif de ce type lors de l'évaluation des offres doit, bien entendu, être communiqué de manière transparente. Certaines contraintes juridiques sont éventuellement à considérer lors de la pondération de tels critères.

...mais ne disposent pas d'une base suffisante dans la législation actuelle

Selon la jurisprudence sur laquelle se fonde Steiner, les critères d'évaluation étrangers au marché, tels que la formation d'apprentis, inscrite depuis le 1^{er} avril 2015 dans la LMP, ne peuvent être pris en compte dans la procédure d'adjudication que s'il existe une base légale formelle.

La catégorie des critères d'adjudication des marchés offre en particulier une certaine latitude pour prendre en compte les aspects relevant du commerce équitable. D'après Steiner, qui cite l'exemple d'un marché de jus d'orange dont la part de fruits provient d'un pays en développement, et d'avantager ainsi un soumissionnaire qui respecte les normes du commerce équitable est conforme à l'AMP, pour autant que la législation le prévoit. « Dans une perspective de droit comparé, cela vaut d'autant plus après le jugement de la CJUE dans l'affaire Max Havelaar du 10 mai 2012 et en vue de l'art. 67, al. 2, lettre a de la directive 2014/24/UE, qui considère « les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes » comme de possibles critères d'adjudication, renforcent encore cette interprétation ». Après l'introduction de ces directives dans le droit allemand, des aspects sociaux peuvent logiquement être aussi pris en considération depuis l'année dernière pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement.

Dans sa forme actuelle, le droit fédéral sur les marchés publics ne permet pas de conférer un avantage aux produits issus du commerce équitable, pas plus qu'il ne prend en considération les « conditions d'exécution des marchés » correspondantes. Selon Steiner, l'introduction du *développement durable* comme critères d'adjudication à l'art 27, al. 2 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) ne change pas foncièrement la donne. Il s'agit avant tout d'une prise de position politique du gouvernement en faveur des marchés durables, mais juridiquement, cette disposition n'autorise pas à tenir compte de critères supplémentaires à ceux qui sont fondés sur l'art. 21 de la loi sur les marchés publics (LMP). Selon l'art. 29, al. 1 du projet de LMP du 15 février 2017, le développement durable doit désormais être inscrit dans la loi comme critère d'adjudication et la prise en compte des aspects de commerce équitable doit être permise ; il convient d'examiner ce point de plus près.

Evaluation du projet de loi actuel

Le principe de durabilité des achats publics – c'est-à-dire une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics – est mentionnée dans l'article consacré au but de la législation du projet de loi du 15 février 2017. A ce titre, le développement durable doit à l'avenir faire partie des objectifs de la législation sur les marchés publics (art. 2, lettre b du projet de LMP). « En ce qui concerne les normes minimales, les centrales d'achats de la Confédération sont déjà autorisées par la législation en vigueur à invoquer le non-respect des conventions fondamentales de l'OIT comme critère d'exclusion d'un marché (art. 8, al. 1 lettre b LMP au sujet des conditions de travail, combiné depuis le 1^{er} janvier 2010 à art. 7, al. 2 OMP). Dans la nouvelle proposition de loi (cf. art. 12 du projet de LMP), qui vise une harmonisation des pratiques, cette disposition est également valable pour les cantons (art. 13, al. 1 P-AIMP). « La solution jusqu'ici préconisée via des recommandations est désormais inscrite dans la législation aux niveaux fédéral et cantonal, à savoir que les soumissionnaires doivent signaler à leurs sous-traitants qu'ils doivent remplir les exigences qu'ils sont eux-mêmes tenus de respecter. En ce qui concerne le critère d'adjudication « formation d'apprentis », jusqu'ici seulement présent dans quelques législations cantonales (...), il est possible depuis le 1^{er} avril 2015 de s'appuyer sur une base légale formelle (cf. art. 29, al. 2 du projet de LMP) avec la nouvelle formulation de l'art 21, al. 1 LMP. Dans un souci d'harmonisation, l'art. 31, al. 2 P-AIMP est également adapté dans ce sens. »

Au vu du droit de l'OMC, et dans une perspective de droit comparé, « dans la logique du jugement Max Havelaar et des nouvelles directives européennes, rien ne s'opposerait à considérer les aspects relevant du commerce équitable comme des critères d'adjudication ». La tendance dans l'Union européenne – dont les Etats membres adhèrent, comme la Suisse, à l'Accord sur les marchés publics de l'OMC – est précisément aux achats durables. Ceux-ci montrent la voie à des modes de consommation durables et stimulent l'innovation dans le domaine écologique, visant ainsi à rendre l'économie plus compétitive. Selon les explications du Conseil fédéral au sujet du développement durable comme critère d'adjudication (art. 29, al. 1 du projet de LMP), en conséquence de ce changement de paradigme, il est expressément prévu que l'achat de produits issus du commerce équitable soit une possibilité, et non une obligation. Selon les explications de l'art. 2 du projet de LMP, les critères sociaux appliqués « doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché ».

La marge de manœuvre législative pour prendre en compte les aspects sociaux n'est utilisée que partiellement

En conclusion, Steiner constate que le législateur fédéral a les possibilités suivantes dans le cadre de la révision en cours : premièrement, le rejet explicite de l'intégration de critères sociaux, dans la mesure où ceux-ci exigent davantage que le respect des normes fondamentales du travail de l'OIT (et la formation des apprentis), ce que prévoit le droit fédéral en vigueur. Deuxièmement, la prise en compte des aspects sociaux dans les conditions d'exécution du marché, mais pas en tant que critère d'adjudication. Troisièmement, l'intégration d'aspects étrangers à l'objet du marché en tant que critères d'adjudication dans le sens de la jurisprudence de la CJUE et de la directive 2014/24/UE (en renonçant aux catégories des conditions d'exécution du marché prévues par l'art. 70 de la directive 2014/24/UE). Quatrièmement, sur le modèle européen, la combinaison de l'intégration de critères sociaux d'adjudication avec les conditions d'exécution. À ce sujet, il convient selon Steiner de se demander si la pondération des aspects sociaux en tant que critères d'adjudication, de même que la jurisprudence sur la formation des apprentis, est limitée par la référence à l'offre la plus avantageuse économiquement.

D'après le message du Conseil fédéral du 15 février 2017, le législateur fédéral a opté pour la troisième variante. Selon le projet de loi actuel, l'adjudicateur pourrait accentuer sa prise en compte de critères écologiques et sociaux dans la procédure d'adjudication³, ce qui fait en particulier

³ Cf. projet du 15 février 2017 de nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (projet de LMP ; FF 2017 2005 ; message du Conseil fédéral [FF 2017 1851 ss.]), p. 31

référence au nouveau critère d'adjudication « développement durable » au sens de l'art. 29, al. 1 du projet de LMP. Par conséquent, dans l'actuelle proposition de loi, la marge de manœuvre pour prendre en compte les aspects sociaux n'est utilisée que partiellement. Le Conseil fédéral veut ainsi continuer à se contenter des huit normes fondamentales de l'OIT plutôt que de permettre aux adjudicateurs de prendre en compte, comme conditions de participation ou conditions d'exécution pour le processus de production, des standards sociaux allant plus loin que les normes fondamentales de l'OIT.