



25 octobre 2012

## AVIS I/42/2012

relatif au projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité

- portant transposition de la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE,
- portant modification de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics

..... AVIS .....  
.....

Par lettre du 11 juin 2012, réf. : A 31 462.12 Monsieur Jean-Marie Halsdorf, ministre de la Défense, a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés (CSL).

**1.** Le projet de loi a pour objet la transposition en droit national de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

**2.** La Commission européenne avait présenté un « paquet Défense » en décembre 2007, composé d'une communication et de deux projets de directive dans le domaine de la défense, un portant sur les transferts de produits liés à la défense et l'autre sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Ces deux directives ont été négociées en 2008 et finalement adoptées pendant l'été 2009.

**3.** Le but de la Directive 2009/81/CE sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, visé par le présent projet de loi, est de créer un vrai marché européen dans un domaine jusqu'à présent dominé par un nombre limité de grandes industries, concentrées dans quelques États membres seulement. Ce marché est marqué par un manque de transparence et de compétitivité (surtout vis-à-vis de la concurrence avec les États-Unis) et par la favorisation des « champions nationaux ».

**4.** Jusqu'à présent, la majorité des marchés de la défense et de la sécurité était dans la pratique exclue du champ d'application des directives dites « classiques » (2004/17/CE et 2004/18/CE).

A vrai dire, les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ne sont pas adaptées aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité. En effet, ces marchés sont particulièrement complexes et sensibles, et leur passation nécessite des précautions particulières. La grande majorité de ces marchés ont donc été, jusqu'à présent, passés en dehors des règles du marché intérieur, par une application, peu transparente et parfois même abusive, de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>1</sup>, qui prévoit une dérogation aux règles du Traité pour assurer la protection des intérêts essentiels de la sécurité dans le cadre de la production ou du commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre. La dernière partie de l'article 346 TFUE selon laquelle « ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires », a été largement ignorée par une grande majorité des États membres, qui percevaient l'article 346 comme leur conférant une exception générale pour tout le domaine de la défense.

**5.** La Directive 2009/81/CE vise non seulement les marchés de la défense, mais aussi les marchés de la sécurité, car elle reconnaît que la frontière entre ces deux domaines est devenue floue ces dernières années. Selon le considérant 7 de ladite Directive, « ces procédures devraient refléter l'approche globale de l'Union en matière de sécurité, qui répond aux évolutions de l'environnement stratégique. En effet, l'émergence de menaces asymétriques et transnationales a entraîné un effacement progressif de la frontière entre sécurité externe et interne, militaire et non militaire. ».

---

<sup>1</sup> Article 346 TFUE (ex-article 296 TCE) « 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après :  
a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,  
b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.  
2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent. »

**6.** Sans mettre en cause les intérêts essentiels des Etats membres dans le domaine de la défense et de la sécurité, la Directive 2009/81/CE s'avère être un instrument juridique adapté aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité, qui vise à ouvrir ce marché à la concurrence européenne, promouvant l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) au marché et la transparence, dans le respect du droit communautaire.

**7.** Toutefois, chacun des Etats membres continuera à pouvoir recourir à l'article 346 TFUE même lorsque les dispositions issues de la directive 2009/81/CE ne seront pas suffisantes pour assurer la protection de ses intérêts essentiels de sécurité.

**8.** Pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, vu la spécificité du domaine des marchés publics de la défense et de la sécurité et la complexité de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, transposant les Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE dites « classiques », il a été opté de transposer la Directive 2009/81/CE dans un texte législatif séparé, avec l'exception des dispositions sur les recours qui seront incorporées, par cette loi, dans la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

**9.** En effet, tandis que certaines règles de la Directive 2009/81/CE sont identiques ou similaires aux règles prévues dans les directives « classiques », celle-ci contient des exclusions ou règles spécifiques aux marchés de la défense et de la sécurité, notamment en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement et la sécurité d'information. Une distinction claire entre les marchés publics ordinaires et ceux de la défense et de la sécurité semble donc essentielle pour éviter que les acheteurs publics utilisent abusivement les exclusions propres aux marchés ordinaires pour leurs marchés de défense ou de sécurité. Et réciproquement, on permet à ces acheteurs, pour ces marchés, d'utiliser les nouvelles exclusions ou règles propres.

**10.** Néanmoins, il est à souligner que la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 sont applicables à titre subsidiaire, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui n'est pas expressément spécifié dans la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, tel que prévu à l'article 3 et du projet de loi en annexe.

**11.** De façon générale, la CSL craint que le recours à la sous-traitance des soumissionnaires à une passation de marchés publics tel que prévu par le présent projet de loi risque non seulement de brader considérablement les secrets de défense d'un Etat alors que la sécurité de l'information ne peut être garantie, mais également à mettre en danger la qualité et la stabilité des emplois dans le secteur de l'industrie militaire alors que les salariés des entreprises sous-traitantes travaillent souvent à des conditions de travail moins favorables que les salariés engagés auprès des entreprises soumissionnaires et sont également exclus du bénéfice des conventions collectives de ces dernières.

**12.** Aussi la CSL est-elle d'avis que le mode d'attribution des marchés publics actuel qui prévoit que le marché à conclure est attribué au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas, devra davantage prendre en considération dans l'appréciation de l'offre régulière le critère des conditions de travail et de rémunérations du personnel salarié des soumissionnaires afin d'éviter que le marché soit attribué uniquement en raison de considérations purement économiques au soumissionnaire qui répercute cet avantage économique au détriment des conditions de travail et de rémunérations de son personnel salarié.

**13.** Etant donné que la marge de manœuvre du législateur luxembourgeois est quasiment nulle en ce qui concerne la transposition de la directive 2009/81/CE précitée, la CSL insiste sur le

fait que les représentants du Luxembourg dans les différentes institutions européennes doivent intervenir au préalable afin de contribuer à mieux à la défense des intérêts des salariés.

**14. Sous réserve des remarques formulées ci-avant, la CSL a également de sérieux doutes que la présente directive et le présent projet de loi arrivent à réduire le cloisonnement des marchés européens liés à la sécurité (militaire et non militaire), ceci pour les motifs suivants:**

- même si la CSL approuve la finalité du projet de loi destinée à améliorer la transparence des marchés publics liés à la défense et à la sécurité en les décloisonnant d'une logique purement militaire, il n'en reste pas moins que les exemptions utilisées par les Etats membres de l'UE pour exclure leurs marchés publics de défense du champ d'application du droit européen et attribuer certains de ces marchés à leur industrie nationale, en particulier l'article 346 TFUE, restent d'application ;
- le domaine de la défense et de la sécurité reste jusqu'à ce jour davantage lié à la souveraineté nationale des Etats membres qu'à une politique de défense commune de l'UE de sorte que les Etats membres, à tort ou à raison, continuent à se prévaloir de l'article 346 TFUE ;
- il n'existe pour l'instant pas de régime de gestion de la sécurité de l'information au niveau de l'UE dans les procédures de marchés publics concernant la défense et la sécurité ce qui constitue un obstacle de plus à l'ouverture de ces marchés ;
- l'industrie de l'armement est et restera fortement concentrée voire oligopolisée partout dans le monde et, à plus forte raison, en Europe de sorte qu'un décloisonnement des marchés relève plutôt de l'utopie que de la réalité, l'exemple d'une éventuelle fusion entre EADS<sup>2</sup> et BAE Systems<sup>3</sup> ne faisant que corroborer ce point de vue ;
- le fait que les frontières entre la sécurité militaire et la sécurité non militaire restent floues malgré les efforts documentés dans la directive 2009/81 pour désagréger les marchés de la défense afin d'appliquer les règles de passation des marchés publics y prévues n'empêche pas un Etat membre de se prévaloir de l'article 346 TFUE s'il existe une seule composante dans le cahier des charges qui relève de la sécurité ou de la défense militaires.

**15. Sous réserve des remarques générales formulées ci-avant, la CSL se permet de procéder à des remarques concernant certains des articles.**

**16. En ce qui concerne l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, il est indiqué que le texte s'applique sous réserve de l'article 346 TFUE alors que l'article 2 de la directive vise les articles 30, 45, 46, 55 et 296 (actuellement 346) dudit traité. Afin d'être conforme à la directive, la CSL demande de compléter l'article 1<sup>er</sup> du présent projet de loi avec les articles cités à l'article 2 de la directive.**

**Pour ce qui est des définitions fournies aux paragraphes 2, 3 et 4, la CSL tient à signaler qu'elles peuvent donner lieu à interprétation de la part des Etats membres de sorte que ceux-ci peuvent de nouveau se retrancher, à tort ou à raison, derrière l'article 346 TFUE et invoquer le secret militaire, notion exclue, de tout contrôle supranational.**

<sup>2</sup> **European Aeronautic Defence and Space company (EADS)** est un groupe industriel du secteur de l'industrieaéronautique et spatiale civile et militaire. Il est l'un des premiers groupes de défense en Europe ; le septième mondial en 2008 d'après le Sipri (Stockholm International Peace Research Institute).

Le 12 septembre 2012, BAE Systems et EADS annoncent étudier une fusion, qui, si elle était validée, amènerait les actionnaires d'EADS à détenir 60% de la newco (40% revenant à ceux de BAE).

<sup>3</sup> **BAE Systems** est une entreprise britannique travaillant dans les secteurs de la défense et de l'aérospatiale, dont le siège social se trouve à Farnborough (Hampshire). L'entreprise a également des intérêts en Amérique du Nord via sa filiale BAE Systems Inc. Dans le secteur de la défense, elle est en 2008 la première entreprise mondiale. L'entreprise est née le 30 novembre 1999 par le rapprochement de l'ancienne British Aerospace (BAE) et de Marconi Electronic Systems (en) (MES).

17. L'article 2 prévoit qu'un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ d'application de la présente loi et en partie dans le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics est passé conformément à la présente loi, sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée pour des raisons objectives. Notre chambre est d'avis que le pouvoir adjudicateur peut de nouveau invoquer, à tort ou à raison, l'article 346 TFUE s'il est d'avis qu'une dissociation d'une partie du marché destinée des fins sécuritaires non militaires affecte les intérêts essentiels de l'Etat ou risque de divulguer des informations très sensibles.

18. A l'article 39, paragraphe 3, il y a lieu de rectifier le terme « déments » par « éléments » de sorte que le texte prendra la teneur suivante ; « 3. Le procès-verbal ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande. »

19. En ce qui concerne l'article 56, paragraphe 1, prévoyant que la Commission européenne peut intervenir dans une procédure, avant la conclusion d'un marché lorsqu'elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la présente loi, la CSL est d'avis que ce mécanisme correcteur de la part de la Commission européenne ne jouera que rarement par le simple fait qu'elle n'est pas informée de la part de l'Etat membre lorsqu'il conclut un marché en recourant par exemple à l'article 346 TFUE, repris par notre loi nationale.

20. En ce qui concerne l'article 60, point 1, d) remplaçant la première partie du paragraphe (2), point a) de l'article 8 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, la CSL se demande pourquoi la procédure négociée ne joue plus pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour « *l'Administration des Douanes et Accises, pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que pour des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention* ». Cela veut-il par conséquent dire que pour ces administrations, le pouvoir adjudicateur doit recourir à la procédure ouverte prévue aux articles 21 et suivants de la loi modifiée du 25 juin 2009 ? Pour quelle raison ? La procédure ouverte ne risque-t-elle pas de favoriser les grands groupes internationaux d'entreprises au détriment des PME locales dans la mesure où ces dernières ne peuvent concurrencer avec les offres régulières économiquement les plus avantageuses ou les offres régulières au prix le plus bas des premières ?

21. Ce n'est qu'à la condition que le législateur tienne compte des remarques formulées ci-dessus que notre chambre peut donner son accord au présent projet de loi.

---

Luxembourg, le 25 octobre 2012

Pour la Chambre des salariés,

La direction

Le président



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.