



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

9 juin 2016

AVIS II/33/2016

relatif au projet de loi sur les marchés publics (transposition de directives).

..... AVIS

1. Par lettre en date du 22 avril 2016, Monsieur François Bausch, ministre du développement durable et des infrastructures, a saisi pour avis notre Chambre au sujet du projet élargé.

2. Le projet de loi a pour objet de transposer deux directives européennes, à savoir la directive « marchés publics » 2014/24/UE et la directive 2014/25/UE sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

3. La transposition aurait dû être effectuée pour le mois d'avril 2016.

4. Grâce au nouveau critère de « l'offre économiquement la plus avantageuse » dans la procédure d'attribution des marchés publics, les autorités publiques pourront dorénavant plus mettre l'accent sur la qualité, les aspects environnementaux et sociaux lors de l'attribution des marchés publics.

5. Les autorités publiques sont dans tous les pays des importants clients des entreprises du secteur privé. Les investissements publics des autorités luxembourgeoises atteignent chaque année entre 3 et 4% du PIB, soit un des niveaux les plus élevés de l'union européenne.

L'argent des contribuables est ainsi employé pour faire travailler les entreprises du secteur privé.

6. Avec la directive 2014/24/UE le législateur européen a mieux reconnu l'importance que représente ce client « public » dans les pays européens. Ce qui signifie que ce client « public » peut influencer positivement l'économie et le marché de l'emploi si la redistribution de ces deniers publics est assortie de conditions et clauses sociales, telles que le prévoit maintenant la nouvelle directive marchés publics.

7. D'où l'importance du volet social dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE.

Ce volet social contient deux éléments très importants :

- la « *clause sociale* » dite *horizontale* : elle rappelle le principe du respect des obligations sociales ou de droit du travail applicables et découlant du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international. Il est en effet important que les États membres et les autorités publiques veillent au respect des obligations applicables au lieu d'exécution des travaux ou de prestation des services.

Selon l'article 18.2. de la directive 2014/24/UE: « *Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X.* »

- les « *critères sociaux supplémentaires* » :

8. Les acheteurs publics pourront maintenant décider d'octroyer le marché à l'entreprise qui aura par exemple recours au plus grand nombre de personnes défavorisées, telles que des chômeurs de longue durée, pour assurer la production des produits ou services concernés. Ils pourront aussi,

sous certaines conditions tenir compte des conditions de travail spécifiques des employés concernés et qui pourraient aller au-delà des obligations légales.

9. Pour faciliter la procédure de transposition de la directive “marchés publics”, la CSL avait décidé dès février 2015 de faire une proposition de texte pour la transposition des dispositions d’ordre social, celles-ci revêtant une grande importance.

Les grands traits des nouveautés introduites par le projet de loi

10. Le projet de loi a pour objet de modifier les règles nationales non seulement dans l’idée de simplification et d’amélioration de l’efficacité des procédures, mais aussi pour mettre désormais l’accent sur des considérations environnementales, sociales et liées à l’innovation, ainsi que pour encourager la participation des petites et moyennes entreprises.

En ce qui concerne la simplification et l’assouplissement des procédures : il y aura davantage de possibilités de négociation des conditions du marché avec les entreprises et les délais minimaux des procédures seront plus courts.

Il y aura un allègement des obligations de publicité et des délais de procédure par exemple pour transmettre les offres.

Seule l’entreprise qui remporte le marché devra présenter toute la documentation requise. Pour participer à la procédure, une simple déclaration sur l’honneur relative au respect des conditions exigées sera exigée.

A terme, la communication se fera par voie électronique, et non plus par courrier papier.

11. En ce qui concerne le volet social, le projet de loi se révèle être une transposition fidèle de la directive européenne. Or la CSL dans sa proposition de texte pour la transposition du volet social de la Directive 2014/24/UE du 27 février 2015 avait démontré qu’il était dans l’intérêt d’une bonne transposition de la directive d’aller au-delà, la directive incitant les Etats membres à une transposition maximale.

Transposition de la clause sociale horizontale : aller au-delà du minimum prévu par la directive

12. Une correcte transposition de la clause sociale horizontale exige le respect (et le contrôle de ce respect) des règles de droit du travail et de sécurité sociale internationales, européennes et nationales (lieu d’exécution du marché public) au cours de toutes les étapes de la procédure, c’est-à-dire aussi bien en ce qui concerne l’établissement des critères d’attribution du marché, la phase du choix du prestataire, que la phase de l’exécution du marché.

La CSL propose de ce fait d’inscrire clairement ces principes dans la future loi. Elle reprend à ce titre sa proposition de texte de 2015 annexée au présent avis, alors que de telles dispositions font défaut dans le projet de loi.

13. Elle propose aussi de consacrer par voie de règlement grand-ducal une liste de questions et de points (*telles par exemple : Est-ce que l’entreprise respecte le principe de non-discrimination en matière de recrutement ? Est-ce que les emplois vacants sont déclarés auprès de l’agence pour le développement de l’emploi ?*) à faire vérifier par le pouvoir public initiateur du marché public par le biais de l’Inspection du travail et des mines

(ITM) dans le but de confier le marché public à un opérateur économique qui respecte la législation sociale applicable.

Le contrôle effectué par l'ITM doit être certifié par un certificat de conformité indispensable pour l'attribution du marché public.

Favoriser l'insertion sociale de personnes défavorisées

14. Le projet de loi prévoit comme à ce jour, la possibilité de réserver un marché pour tous types de travaux, services et fournitures, aux structures spécifiques ("ateliers protégés") ou entreprises sociales qui ont pour objectif l'insertion de personnes défavorisées, à condition que le pourcentage d'employés défavorisés soit d'au moins 30%. A ce jour la loi prévoit un pourcentage de 50%.

Principes généraux quant au choix des participants et attribution des marchés

15. Tout en rappelant les règles actuelles, le projet de loi prévoit la possibilité d'exclure « *l'offre économiquement la plus avantageuse* » si elle ne respecte pas les obligations du droit environnemental, du droit social et du travail.

La CSL est d'avis que le législateur ne va pas assez loin : dans un tel cas l'exclusion doit être une obligation pour le pouvoir adjudicateur.

16. Face à une offre anormalement basse, le projet de loi demande au pouvoir adjudicateur de vérifier si cela n'est pas dû à un non-respect du droit social, du droit du travail ou de la législation environnementale.

Si tel s'avère être le cas, le pouvoir adjudicateur dispose selon le projet de loi du droit de rejeter et d'écarter l'offre.

La CSL est d'avis que dans une telle situation la loi doit contraindre le pouvoir adjudicateur au rejet de l'offre en question. Il est en effet inadmissible que l'Etat par le biais des marchés public s'offre les services d'entreprises qui ne respectent pas la législation sociale ou environnementale.

17. Quant aux critères d'attribution du marché public, la nouvelle formulation de « *l'offre économiquement la plus avantageuse* » en relation avec les notions de « *coût du cycle de vie* » et « *meilleur rapport qualité-prix* » comprend des aspects qualitatifs, environnementaux, sociaux.

Ainsi par exemple:

« a) *la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;*
b) *l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;*
ou c) *le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. »*

peuvent être des critères.

Cette liste n'est pas exhaustive et d'autres critères peuvent être considérés par les autorités lorsqu'elles élaborent leur cahier de charges.

Le projet de loi se contente de donner un autre exemple dans son commentaire des articles, à savoir l'intégration de personnes défavorisées.

La CSL est d'avis que le projet de loi doit aller plus loin et consacrer une liste non-exhaustive élargie d'éléments et critères qu'une autorité publique peut intégrer dans son cahier des charges qui devrait englober aussi des critères comme l'égalité de traitement entre salariés et le respect des principes de non-discrimination, la promotion de la sécurité et santé au travail, l'embauche de chômeurs de longue durée, la promotions de la formation professionnelle continue etc.

Si la loi elle-même ne va pas plus loin dans sa formulation, les autorités publiques risquent de ne pas aller au-delà et de se permettre d'être plus exigeant envers les opérateurs économiques en termes de promotion des droits sociaux.

Or le mécanisme des marchés publics doit être utilisé par l'Etat pour promouvoir le respect de la législation sociale en faisant travailler ses administrations et ministères essentiellement avec des entreprises qui non seulement respectent la législation sociale, mais agissent de manière socialement responsable envers leurs salariés.

La CSL tient dans ce contexte à signaler qu'elle a eu connaissance de l'intention du Ministère de l'Education nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse de considérer dorénavant l'engagement actif des entreprises dans la formation professionnelle dans le contexte de l'attribution de ses marchés publics.

La CSL approuve et soutient bien évidemment une telle initiative, qui pourrait à moyen et long terme encourager davantage d'entreprises à déclarer des postes d'apprentissage vacants et permettre à plus de jeunes d'être formés et d'accéder à une qualification.

La CSL estime que donner une assise légale dans la future loi sur les marchés publics à cette initiative et élever l'investissement d'une entreprise dans la formation professionnelle dans la liste légale des critères sociaux, serait dans l'intérêt du système de formation professionnelle et de notre société en général.

Règles spécifiques à la sous-traitance

18. Dans le cadre d'un appel d'offres, toute entreprise qui entend participer, sera obligée de préciser la part du marché qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter elle-même mais qu'elle entend confier à des sous- traitants.

Aussi le pouvoir adjudicateur aura-t-il la possibilité d'exclure un sous-traitant pour les mêmes motifs que soumissionnaire lui-même.

La CSL est d'avis que le texte formulé manque de clarté.

Il résulte de l'article 71 de la directive que le respect des obligations par les sous-traitants est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes.

Selon le considérant 105 de la directive précise : « En outre, il convient d'indiquer expressément que les États membres devraient pouvoir aller plus loin, par exemple en élargissant les obligations de transparence, en autorisant les paiements directs en faveur

des sous-traitants ou en permettant ou en imposant aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier que des sous-traitants ne se trouvent pas dans l'une quelconque des situations qui justifieraient l'exclusion d'opérateurs économiques.

....En outre, il convient d'indiquer expressément que les États membres restent libres de prévoir, dans leur législation nationale, des règles plus strictes en matière de responsabilité ou d'aller plus loin en ce qui concerne les paiements directs en faveur des sous-traitants. »

Une fois de plus la CSL demande aux auteurs du projet de loi d'être plus ambitieux et de consacrer dans la future loi elle-même:

- l'obligation pour l'opérateur économique d'indiquer l'identité du sous-traitant dans le cahier des charges du marché ;
- la règle comme quoi le pouvoir adjudicateur payera directement au sous-traitant le prix de ses prestations
- le rappel du principe que les salaires payés par le sous-traitant à ses salariés ne peuvent ni être inférieurs à ceux prévus par les lois et les règlements en vigueur, ni à ceux prévus dans la convention collective de travail, s'il en existe une
- le principe qu'en cas de retard ou d'insuffisance de paiement des salaires par le sous-traitant, le pouvoir adjudicateur doit payer les salaires directement et les déduire de l'avoir du sous-traitant
- l'exigence du respect par le sous-traitant des règles européennes et nationales de droit du travail et de sécurité sociale qui s'impose tout au long de la procédure et de l'exécution du marché
- le principe qu'un non-respect de cette règle entraîne à chaque moment de la procédure ou de l'exécution du marché l'exclusion de ce prestataire et la nécessité de son remplacement par l'opérateur principal.

Spécifications techniques et labels

19. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques spécifiques d'ordres environnemental, social ou autre qu'ils requièrent, à condition que l'ensemble des conditions prévues par voie de règlement grand-ducal soient remplies.

La législation marchés publics, nationale et européenne, dans l'optique de l'Accord économique commercial global négocié entre l'Union européenne (UE) et le Canada (CETA)

20. Alors que la future législation nationale, basée sur la législation européenne déjà en place, permettra des considérants environnementaux et sociaux dans le choix des prestataires lors d'une procédure de marché public, il importe de s'interroger si, face à l'Accord économique global (CETA) que l'Union européenne vient de négocier avec le Canada, les législations européennes et nationales qui en résultent, pourront opérer telles quelles.

21. Le degré de libéralisation des marchés publics européens est très élevé alors que l'UE a choisi d'ouvrir quasiment entièrement son marché intérieur, et d'y instaurer une politique de libre-concurrence maximale. Les entreprises des États membres peuvent donc accéder aux marchés publics des 27 autres États. Et les entreprises européennes, mais également extra-européennes telles les entreprises canadiennes, ainsi que les autres entreprises ayant

des filiales au Luxembourg, par le biais de CETA, pourront concourir à la très grande majorité des marchés publics des différents États membres de l'UE.

22. Pourtant l'UE a développé une politique relativement ambitieuse concernant les normes sociales et environnementales à respecter dans la passation des marchés publics.

Rappelons en effet que la directive européenne 2014/24, fixe à l'article 18 de nouvelles normes à respecter dans la passation des marchés publics. Les États membres doivent ainsi « veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail ». Cet article doit également s'appliquer aux entreprises sous-traitantes.

La directive ouvre donc de nouvelles perspectives pour les autorités publiques européennes en matière de normes environnementales et sociales.

Ainsi la directive impose désormais certaines normes sociales et aspects du droit du travail à respecter pour participer aux marchés publics. Les opérateurs économiques se voient obligés de respecter les conventions collectives, les règlements de l'Union Européenne, le droit national ou les dispositions internationales relatives au droit du travail et aux normes sociales et environnementales.

Le non-respect de ces obligations par les opérateurs économiques peut entraîner leur exclusion de la procédure de passation des marchés publics.

De la faible place qui revient à la notion de « développement durable » dans CETA

23. Les remarques qui suivent sont fondées sur une comparaison menée entre CETA et l'accord de libre-échange conclu entre l'UE et la Corée du sud (ALE).

24. Dans l'accord avec la Corée le développement du commerce international doit contribuer au développement durable, alors que dans CETA le développement du commerce international contribue de fait au développement durable¹. Le fait d'assurer des conditions de travail décentes et un haut niveau de protection du travail, n'est perçu que comme un « outil » de l'efficacité économique et non comme un objectif à atteindre... Le développement durable n'est plus qu'un moyen et non une fin².

25. Dans CETA une référence au « principe de précaution », qui n'est en aucun cas cité comme tel, est présente dans le chapitre environnement et commerce, mais dans une forme extrêmement limitée : « lorsqu'il existe des risques de dommages graves ou irréversibles, le manque de preuve scientifique irréfutable ne peut être utilisé pour repousser l'adoption de mesures efficaces en termes de coût visant à prévenir des dégradations de l'environnement » (article X.8, chapitre environnement, p.388).

¹ Article 1, chapitre labour and trade, p.376 / article X.1 chapitre environment and trade, p.385

² Le texte parle par exemple de « sustainable use of biodiversity » (article X.12 § 1, chapitre environnement p.390) ; idem en matière sociale

26. Les rédacteurs ont par ailleurs volontairement omis de s'engager à évaluer l'impact de l'accord en termes sociaux, volontairement car une telle obligation est envisagée dans le chapitre environnement et commerce³.

27. Il s'avère ainsi que le développement durable est non pas une fin mais un moyen, un moyen pour développer le commerce international. Et les objectifs nationaux de développement durable sortiront considérablement affaiblis de l'adoption d'un tel texte, qui pourrait servir de modèle pour des négociations futures. Le principe de précaution, quant à lui, sera réduit à peau de chagrin.

La question de l'articulation de la législation « marchés publics » et CETA

28. La question de l'articulation entre les accords internationaux et le droit dérivé de l'Union, soit en l'occurrence la directive 2014/24/UE sur la passation de marchés publics, est une question complexe.

29. La Cour de justice européenne a en effet jugé que « *Il ressort de l'article 300, paragraphe 7, CE [218 TFUE] que les institutions de la Communauté sont liées par les accords conclus par celle-ci et, par conséquent, que ces accords bénéficient de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé* ».

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko, Aff. C-308/06, Rec. 2008 I-04057

30. Or, CETA est beaucoup plus succinct que la directive.

31. Alors cette dernière conserve-t-elle un champ d'application résiduel pour les aspects non couverts par CETA? Et que faut-il entendre par aspects non-couverts par CETA?

32. Comme nous le verrons, CETA ne prévoit pas la possibilité de prendre en compte des critères sociaux, ces critères relèvent-ils alors des « aspects non-couverts par CETA » ?

33. On peut supposer que leur exclusion du champ de l'accord était délibérée. Dans une telle hypothèse, il peut être soutenu qu'il ne sera pas possible d'invoquer la directive européenne, face à une entreprise canadienne participant à un marché public.

34. Relevons les dispositions qui sont présentes dans la directive européenne, mais qui n'ont pas d'équivalent dans CETA:

- **Article 18 § 2** de la directive: assurer le respect par le fournisseur ou prestataire, pendant l'exécution du marché, des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail.
- **Article 43 § 1** de la directive: possibilité d'exiger des labels pour évaluer certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre.

³ Article X.12 § 1, chapitre environnement, p.389

- **Article 56 § 1 al. 2** de la directive: possibilité de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse si celui-ci ne respecte pas les obligations en matière environnementale, social, et de droit du travail (cf article 18 précité).
- **Article 57 § 4** de la directive : possibilité d'exclure des opérateurs de la participation à la procédure pour ces mêmes raisons.
- **Article 67 § 2** de la directive : la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.
- **Article 70** de la directive: les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions d'exécution du marché, ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.
- **Article 71 § 1 et 6** de la directive: des mesures peuvent être mises en œuvre pour s'assurer du respect par les sous-traitants des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (cf article 18 précité).

35. Si l'article 42 § 3 de la directive permet aux entités adjudicatrices d'intégrer dans l'appel d'offre des spécifications techniques, y compris à propos de caractéristiques environnementales, l'article IX § 1 p.318 de CETA prévoit que les entités adjudicatrices d'une partie peuvent « *préparer, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour promouvoir la conservation des ressources naturelles ou la protection de l'environnement.* »

Il convient de se méfier toutefois, l'accord prévoit une « porte de sortie » : « *Une entité ne doit pas préparer, adopter ou appliquer des spécifications techniques ou prescrire toute procédure d'évaluation de la conformité ayant pour objet ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international.* » (Article IX § 1 p.318)

Ainsi le seul point positif (la possibilité de prévoir des spécifications techniques en matière environnementale) pourra être remis en cause sur le fondement du développement du commerce international.

36. La nouvelle directive a permis de se débarrasser du critère du prix le plus bas pour l'attribution des marchés (article 67 § 1), mais le voici de retour puisque CETA prévoit que : « *l'entité doit adjudger le contrat au fournisseur que l'entité a jugé comme étant en mesure de remplir les termes du contrat et qui, sur la seule base des critères d'évaluation spécifiés dans l'avis de marché et la documentation de l'appel d'offre, a présenté l'offre la plus avantageuse; ou lorsque le prix est le seul critère, le prix le plus bas.* » (Article XIV § 5 p.325)

Ainsi le critère du prix le plus bas supprimé de haute lutte au niveau européen revient par la petite porte. D'autant que si la primauté de l'accord n'est pas certaine sur les points où les dispositions de la directive n'ont pas d'équivalent au sein de l'accord, il n'y a sur ce point aucun doute puisque les dispositions en cause sont présentes dans les deux textes.

Services sociaux :

37. En matière de marchés concernant des services sociaux, l'article 76 § 2 de la directive prévoit que les entités adjudicatrices peuvent prendre en compte : « *la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et*

l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation. »

Aucune disposition spécifique aux marchés publics concernant des services sociaux n'est envisagée dans CETA.

38. La directive européenne à transposer permet aux Etats membres de se doter d'une législation nationale en matière de marchés publics qui puisse être un véritable levier en matière de politique sociale.

La CSL regrette que le législateur national n'ait pas profité de cette occasion pour légiférer au-delà du texte de base européen. Une transposition minimale, telle que celle préconisée ici, ne permet pas de fortifier les droits sociaux.

Pourtant un niveau de droits sociaux élevé est un contrepoids indispensable aux libertés économiques de l'Union européenne.

C'est ainsi avec beaucoup de regret et de déception que la CSL constate que les autorités nationales une fois de plus, se contentent de transposer fidèlement le minimum légal imposé par l'Europe.

La CSL demande aux autorités d'aller plus loin et de reconsidérer le présent projet de loi sous cet angle.

Ainsi sera-t-il nécessaire de légiférer de manière plus précise en ce qui concerne la clause sociale horizontale : il faut qu'il résulte clairement de la loi nationale qu'à tout stade d'un marché public les règles de droit social nationales, européennes et internationales applicables doivent être respectées et que le contrôle de ce respect soit assuré.

Luxembourg, le 9 juin 2016

Pour la Chambre des salariés,



Norbert TREMUTH
Directeur



Jean-Claude REDING
Président

L'avis a été adopté à l'unanimité.

Annexe : Proposition de texte de la CSL du 27 février 2015