

Entretien avec Martin Beyeler, expert en droit des marchés publics

1. L'avant-projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (AP LMP) ne mentionne pratiquement pas les critères sociaux. Est-ce dû à un manque de volonté politique ou à des obstacles juridiques ?

Cet avant-projet exige que les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) (au moins) soient respectées lorsque des prestations sont fournies à l'étranger. Mais il ne reconnaît ni le commerce équitable ni d'autres normes sociales plus sévères, comme des exigences relatives au produit ou à des critères d'évaluation. On peut craindre que cette omission soit une manière implicite de déclarer illicites de tels critères d'adjudication ou de choix de produits.

Le nouvel accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP 2012) réalise des avancées dans le domaine écologique, mais il fait très largement l'impasse sur la question sociale. Des recherches sont néanmoins en cours pour définir des pratiques socialement durables n'allant pas à l'encontre des valeurs fondamentales que promeut l'accord – non-discrimination, transparence et économicité (rapport favorable entre coût et rendement). Par ailleurs, l'AMP 2012 reconnaît officiellement que plusieurs Etats ont d'ores et déjà mis en œuvre des stratégies de développement durable.

La nouvelle LMP ne contreviendrait donc probablement pas à l'AMP 2012 si elle exigeait davantage que la seule conformité aux normes fondamentales de l'OIT, tant que les principes de l'AMP sont respectés. Le fait que l'Union européenne soit partie à l'accord ne l'empêche pas de promouvoir activement des marchés publics socialement durables dans ses nouvelles directives. La Suisse pourrait donc faire de même.

Mais jusqu'ici, les autorités ont manqué de courage ou de volonté politique. Il faut dire que les propositions actuelles n'émanent que d'un petit groupe et qu'elles n'ont pas encore été discutées plus largement. Le débat est ouvert.

2. L'avant-projet mentionne à plusieurs reprises les aspects environnementaux, notamment au sujet des spécifications techniques (= exigences relatives au produit). Ceux-ci semblent donc avoir davantage d'importance que les critères sociaux. Pourquoi ?

Dans ce domaine, comme dans bien d'autres, l'avant-projet ne fait qu'appliquer ce que l'AMP 2012 a explicitement prévu. Or, si cet accord reconnaît la pertinence de critères écologiques, il n'est pas aussi affirmatif en ce qui concerne la dimension sociale. Le fait que cette question doive faire l'objet de consultations ultérieures entre les Etats ne doit pas, à mon avis, être interprété comme une interdiction de prendre en compte des aspects sociaux, ce d'autant moins que les stratégies de développement durable déjà mises en œuvre sont désormais explicitement reconnues par l'AMP 2012.

Cet avant-projet semble résulter d'une certaine prudence en matière juridique et d'un refus politique de prendre en compte le critère de durabilité dans les achats publics. Elaboré en cercle restreint, il reste au niveau des principes et renonce à de nouvelles réglementations pour des achats publics réellement durables – à la différence des nouvelles directives européennes.

L'art. 3 de l'avant-projet de l'ordonnance (AP OMP) souligne certes les trois dimensions du développement durable, donc également la dimension sociale. Mais cet article ne peut en aucun cas servir de base pour demander que les exigences relatives au produit et les critères

d'adjudication prennent en compte les aspects sociaux. En effet, en vertu de la hiérarchie du droit, l'ordonnance est subordonnée à la loi et ne peut donc pas la contredire. Comme la loi elle-même semble ne pas autoriser de telles exigences et critères, l'ordonnance ne peut pas être interprétée en sens contraire.

3. Pour s'assurer du respect des conventions fondamentales de l'OIT, l'AP LMP demande au soumissionnaire de produire une déclaration. Est-ce vraiment suffisant ? Ne faut-il pas un contrôle effectif ?

Aujourd'hui déjà, et sans doute davantage encore à l'avenir, les adjudicateurs fédéraux ont l'obligation de s'assurer du respect des conventions fondamentales de l'OIT lorsque des prestations sont fournies à l'étranger, en particulier dans des pays émergents ou en développement. Cela signifie que les instances d'adjudication doivent veiller au respect des normes de l'OIT sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement. Elles peuvent procéder à des vérifications approfondies si celles-ci sont menées de manière transparente, objective et équitable.

La réglementation actuelle n'est cependant pas très détaillée en matière d'inspection des conditions de travail et ses dispositions sont assez souples. C'est pourquoi, dans la pratique, de simples déclarations des soumissionnaires font souvent foi dans les procédures d'adjudication, ceci même dans des secteurs réputés sensibles. Cette pratique est aujourd'hui considérée comme conforme au droit, du moins en l'absence d'indices concrets permettant de soupçonner des irrégularités. On considère par ailleurs que durant la phase d'exécution de la prestation, l'adjudicateur peut se reposer sur les dispositions contractuelles conclues avec le fournisseur et qu'il n'a pas, par exemple, à mettre en œuvre un contrôle analogue à celui que les entreprises du bâtiment doivent effectuer auprès de leurs sous-traitants depuis la révision de la loi sur les travailleurs détachés.

L'avant-projet de loi semble vouloir consolider la tradition consistant à se passer de contrôle matériel et à se fier aux déclarations et engagements du soumissionnaire. Il prévoit que la déclaration du soumissionnaire soit officiellement mentionnée dans la loi comme un moyen de preuve du respect des conditions de travail (art. 30, al. 2) – une première. Cette disposition n'est pas fondée clairement d'un point de vue juridique et ses possibles conséquences au niveau du droit n'ont pas été évaluées. J'estime pour ma part qu'elle est juridiquement superflue et politiquement discutable, car certains domaines justifient des vérifications approfondies avant adjudication ainsi qu'une surveillance active pendant l'exécution de la prestation.

Il y a violation de l'égalité de traitement et de la concurrence, deux principes fondamentaux du droit des marchés publics, lorsque le marché est adjugé à un soumissionnaire ne respectant pas les conditions de travail ou les dispositions relatives à la protection des travailleurs, qu'il s'agisse du marché en question ou d'un autre marché. Dans les secteurs où l'adjudicateur a des raisons de soupçonner que de tels abus pourraient avoir lieu durant l'exécution de la prestation, le point de vue juridique commande de renoncer généralement – et pas seulement dans les cas exceptionnels, en présence d'indices concrets, comme la loi le prévoit actuellement – à l'idée qu'une simple déclaration peut être la preuve du respect des normes applicables. J'estime par conséquent que dans certains domaines, un devoir de vérification approfondie est non seulement souhaitable politiquement, mais nécessaire d'un point de vue juridique.

4. Partant de ces mêmes considérations juridiques, devrait-on inscrire dans la loi une obligation pour l'adjudicateur de s'assurer de la transparence de la chaîne d'approvisionnement et du respect des normes ?

Comme je l'ai exposé plus haut, si on se préoccupe sérieusement du respect des conventions fondamentales de l'OIT, il faut exiger que dans les secteurs sensibles, les instances d'adjudication soient légalement tenues de vérifier les chaînes d'approvisionnement et l'application des normes à tous les niveaux, avant l'adjudication et durant l'exécution de la prestation.

À mon sens, cette exigence doit toutefois être accompagnée de propositions pour la mise en œuvre concrète des obligations d'examen et de contrôle. Se borner à consigner des devoirs sans en clarifier les modalités créerait un flou juridique considérable et ouvrirait la porte à de nombreuses inégalités de traitement.

Il faut par exemple considérer que tous les maillons de la chaîne d'approvisionnement peuvent ne pas être connus à l'avance. En même temps, des règles doivent définir jusqu'à quelle étape de la production il faut remonter. Seuls les examens pouvant être exécutés de manière fiable doivent être obligatoires. Il faut trouver un mécanisme qui tienne compte des limites actuelles, mais pouvant être adapté en fonction des progrès futurs. Plusieurs autres questions doivent également être clarifiées. Par exemple : comment les adjudicateurs peuvent-ils disposer des informations nécessaires moyennant un investissement mesuré ? Et ce dans un délai raisonnable ? Comment peuvent-ils déterminer efficacement si une entreprise de production respecte les normes ? Dans quelle mesure des certificats peuvent-ils servir de preuve ? Quels sont les organismes de contrôle habilités à délivrer ces certificats ? Il faut aussi réfléchir aux procédures et aux critères permettant de définir quels sont les domaines sensibles, soumis d'office à un devoir d'examen et de surveillance. Ces questions ne devraient pas être réglées dans la loi, mais aux niveaux inférieurs, offrant davantage de flexibilité (ordonnance, directive, etc.).

5. Un marché est attribué à l'offre la plus avantageuse d'un point de vue économique, ce qui équivaut généralement à choisir la moins chère. Les prix bas sont souvent synonymes de violations des droits fondamentaux des travailleurs. Il est notamment urgent d'intervenir en matière de salaires, souvent trop bas pour vivre dignement (par ex. en Macédoine). Pourquoi l'avant-projet de loi ne contient-il aucune disposition allant au-delà des normes fondamentales de l'OIT ?

Dans l'état actuel du droit, mais également dans l'avant-projet de loi, le prix ne peut être considéré comme un critère d'adjudication que lorsque l'offre porte sur des produits dont la qualité est en tous points standardisée. L'instance d'adjudication dispose donc souvent d'une certaine latitude pour décider si elle souhaite une qualité standardisée ou non. Elle peut parfois opter pour la seule livraison des marchandises, ou y adjoindre d'autres prestations, en particulier des services.

En pratique, il faut reconnaître que parfois, le prix est le seul critère déterminant, même si l'appel d'offres énonce également des critères de qualité. Difficile d'éviter cela lorsqu'il y a de très grandes différences de prix (et des critères sociaux raisonnables ne changeraient alors pas grand-chose), mais il arrive aussi que certaines instances d'adjudication préfèrent se fier au prix plutôt que d'avoir à discuter de la qualité, ou qu'elles favorisent systématiquement les prix les plus bas (que ce soit lors de la pondération des différents critères ou de l'appréciation des offres).

Sur le plan juridique, inscrire dans la loi une disposition garantissant des salaires vitaux (« living wages ») n'est pas facile, et ceci pour plusieurs raisons. Les auteurs de l'avant-projet

actuel n'ont vraisemblablement pas eu le courage ni la volonté politique de prendre en compte les critères sociaux. Il se peut que la majorité politique en Suisse ne soit pas de cet avis, nous en sommes encore au stade des propositions soumises au débat. Le critère du versement de salaires vitaux dépasse le cadre des conventions fondamentales de l'OIT et conduit donc à discriminer les fournisseurs qui ne remplissent pas cette condition. Ce n'est pas à proprement parler un problème dans le cas de pays tiers non membres de l'AMP (et en particulier de l'UE), comme la Macédoine. Mais une entreprise slovène produisant en Macédoine pourrait faire état d'une discrimination indirecte (il faut en outre tenir compte du fait qu'il existe des accords sur les marchés publics passés avec d'autres Etats encore). Cependant, si toutes les entreprises des Etats membres de l'AMP sont soumises aux mêmes conditions, il n'est pas certain qu'on puisse parler d'une violation de l'AMP. Il ne faut en tout cas pas oublier que la thématique du commerce équitable est liée à la question des salaires, et que l'UE autorise en principe que la norme du commerce équitable soit érigée en critère – cela concerne le plus souvent des pays géographiquement éloignés, mais au fond, ceci n'est pas déterminant.

Du point de vue du droit, il n'est pas donc pas totalement impossible d'exiger le versement de salaires vitaux par le biais de la nouvelle LMP (au moins pour les prestations effectuées dans des Etats non-signataires de l'AMP). Mais à mon sens, une telle disposition n'est politiquement viable que si elle se limite aux cas où il existe des écarts très importants entre le salaire minimum inscrit dans la loi et le montant permettant effectivement de vivre dignement. De plus, il faudrait que cette disposition reste facultative (tout en étant autorisée). Dans tous les cas, il faudrait, ici aussi, définir plus précisément les modalités d'application.

Martin Beyeler, docteur en droit et privat-docent, avocat, étudie et pratique le droit des marchés publics. Il a publié de nombreux ouvrages sur le sujet.
--