



Déclaration de Berne



21 juin 2019

## La nouvelle loi fédérale sur les marchés publics permet des achats publics durables : il est désormais temps de l'appliquer

La révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) a enfin été menée à terme après plus de dix ans. La durabilité sociale est désormais au moins en partie entérinée. La « coalition d'ONG pour les achats publics<sup>1</sup> » s'est fortement engagée de 2008 à 2019 pour que la durabilité des achats publics – conditions de travail justes, y compris à l'étranger, avec preuves à l'appui et contrôlées par des audits inopinés – puisse reposer sur des bases juridiques. La coalition d'ONG a proposé des articles de loi concrets – dans le cadre des procédures de consultation sur la loi fédérale et pour l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) – qui permettent une orientation conséquente des achats publics durables. Elle était présente lors des auditions au Parlement, a assuré un intense travail de sensibilisation et a plaidé pour que les bases de la durabilité sociale soient entérinées dans la loi.

### Les nouveautés dans la loi fédérale révisée sur les marchés publics

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) approuvée en juin 2019 comporte des nouveautés importantes qui donnent une base juridique à la demande de durabilité sociale dans la production à l'étranger :

1. Selon l'article 2 : « **La présente loi vise les buts suivants : a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables** », ce qui entérine ainsi la durabilité dans ses trois dimensions dans l'article But qui s'applique à tous les achats. Le message concernant la révision de la loi précise en outre : « La notion de développement durable au sens du P-LMP a une acception large. Ses contours se précisent dans la Stratégie pour le développement durable 2016-2019 du Conseil fédéral, dans laquelle il est dit que la Confédération montre l'exemple par son mode de consommation en exigeant, dans le cadre des marchés publics, la livraison de produits et d'ouvrages fabriqués dans le respect des critères de rentabilité, de l'environnement, de la protection de la santé et, autant que possible, de la responsabilité sociétale. »<sup>2</sup>

#### Les achats publics sont déterminants

Le secteur public achète annuellement pour environ 40 milliards de francs de biens de consommation, qui sont entre autres produits à l'étranger – par exemple les textiles pour l'armée, la police ou les hôpitaux, du matériel informatique pour l'administration, de la pierre pour des routes et des places ou encore des denrées alimentaires pour des restaurants de personnel. En raison de leur fort pouvoir de marché en tant que grands consommateurs, la Confédération, les cantons et les communes peuvent apporter une importante contribution au développement durable. Et les pouvoirs publics ont le devoir d'assumer cette responsabilité activement – la Confédération se déclare pour la durabilité dans sa stratégie pour le développement, dans son Agenda 2030 et dans sa nouvelle loi sur les marchés publics.

<sup>1</sup> La coalition d'ONG pour les achats publics est composée des organisations suivantes : Action de Carême, Fondation Max Havelaar (Suisse), Helvetas, Pain pour le prochain, Public Eye (anciennement Déclaration de Berne), Solidar Suisse et Swiss Fair Trade.

<sup>2</sup> Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, p. 35.

2. Dans les Principes généraux, à l'art. 12 « Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement », une disposition supplémentaire a été ajoutée : « L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles. » Le Conseil des États a ainsi suivi et précisé la demande du Conseil national. Cette disposition supplémentaire donne un cadre juridique pour l'exigence, dans les appels d'offres, de normes sociales minimales allant au-delà des huit normes fondamentales du travail de l'OIT, dont le respect est obligatoire, et portent notamment sur la santé, la durée maximale de travail ou encore le salaire vital. Il est en outre précisé que les preuves et contrôles du respect des exigences font partie intégrante de cette disposition. Le Conseil national a par ailleurs approuvé la proposition de la minorité (Regazzi) le 13 juin 2018 par 73,8 % des voix. Le Conseil des États a précisé la disposition supplémentaire et l'a approuvée le 11 décembre 2018 sans opposition. Cela atteste du vaste soutien politique dont bénéficie cette problématique.

L'article 26 sur les conditions de participation contraignantes fait référence au respect de l'article 12. Ainsi, les exigences supplémentaires qui s'appuient sur l'article 12.2 peuvent aussi occasionner des motifs d'exclusion. Elles acquièrent ainsi un caractère contraignant, ce qui est déterminant.

Une innovation problématique se trouve toutefois à l'article 29, qui précise les critères d'attribution. Alors que des critères tels que la qualité ou les coûts du cycle de vie renforcent la durabilité, le Parlement a également inclus les différents niveaux de prix des pays producteurs dans la liste des critères d'attribution. L'accent mis sur la concurrence par les prix est extrêmement préjudiciable, en particulier pour l'achat de biens de consommation à forte intensité de main-d'œuvre (comme les textiles), et va à l'encontre de l'article sur l'objet de la loi sur les achats.

## **Des ajouts pour concrétiser la mise en œuvre d'achats publics durables :**

L'intégration de la durabilité proposée par la LMP devrait être développée dans les ordonnances fédérales, l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et les dispositions d'exécution cantonales et communales.

### **1. Intégrer dans les ordonnances fédérales des orientations pratiques pour la durabilité**

Dans l'**ordonnance sur les marchés publics**, la Confédération peut intégrer des spécifications pour que l'obligation de durabilité énoncée dans l'article but soit mise en œuvre dans la pratique. Parmi les aspects importants qu'elle doit réglementer de façon plus spécifique figurent les exigences de transparence, la responsabilité des contrôles et les preuves pertinentes, notamment du respect des conditions de travail dans la production à l'étranger. La formulation suivante peut par exemple être intégrée :

***« L'adjudicateur peut demander comme preuve du respect des conditions de participation sur le lieu de la prestation – en particulier pour la production à l'étranger –, des labels, certifications ou systèmes de gestion pour les principales parties de la production. »***

En l'absence de label ou de système de gestion, ou quand le risque de non-respect des normes est grand (approche basée sur le risque), il est nécessaire de procéder à des contrôles inopinés. L'argument selon lequel il ne serait pas possible de contrôler les processus de production à l'étranger au prétexte qu'il s'agirait d'une ingérence n'est pas tenable. Car dans le cadre de ses acquisitions, la Confédération joue un rôle de consommatrice et non d'instance de réglementation. Il faut donc que l'ordonnance précise que les contrôles des dispositions contractuelles font partie des tâches d'approvisionnement :

***« Le respect des dispositions peut être contrôlé sur le lieu où la prestation est fournie. »***

L'ordonnance fédérale sur les marchés publics doit se fonder sur l'article but de la loi sur les marchés publics et, par conséquent, interpréter de manière très restrictive l'utilisation des différents niveaux de prix et mettre plutôt l'accent sur les critères d'attribution axés sur la durabilité.

L'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale n'est pas mentionnée dans l'ensemble de révisions prévues et ne doit visiblement pas être retravaillée. Afin de permettre un contrôle et une surveillance efficaces des aspects de durabilité, il serait toutefois judicieux d'ajouter les éléments suivants aux alinéas 3 et 4 de l'article 8 :

Nouvel alinéa 3 :

« **Le contrôle de la durabilité des achats porte sur tous les types de procédure et comprend au moins :**

- a) **des chiffres sur le développement des achats durables sur les plans sociaux et écologiques (types de produits, volumes des commandes, fournisseur, pays de production (lieu où la prestation est fournie)), qui présentent également leur proportion par rapport aux volumes d'achats totaux ;**
- b) **les critères exigés dans les appels d'offres et les preuves de leur respect ;**
- c) **les contrôles réalisés sur le respect des critères sociaux et écologiques exigés. »**

Nouvel alinéa 4 :

« **Des rapports réguliers, au minimum annuels, sont publiés sur les résultats du contrôle des achats durables. »**

## 2. Entériner la durabilité dans le droit des marchés publics des cantons et des communes

Dans le processus d'élaboration de nouvelles bases juridiques, une harmonisation est souhaitable entre la LMP et l'AIMP. Les cantons sont désormais invités à reprendre au moins dans l'AIMP les dispositions de la LMP relatives à la durabilité. Les cantons et les communes peuvent en outre intégrer une exigence plus stricte d'achats durables dans leurs dispositions d'exécution, par exemple en reprenant les articles suivants.

**Orientation conséquente vers la durabilité :**

- Intégration dans les critères d'aptitude (art. 27 LMP) : « **Les critères d'aptitude peuvent en particulier concerner les capacités professionnelles, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience, et garantissent que les soumissionnaires travaillent de manière durable sur les plans social, écologique et économique. »**
- Intégration dans les spécifications techniques (art. 30 LMP) : « **L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques destinées à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement ainsi qu'à garantir la durabilité sociale. »**
- Intégration dans l'adjudication (art. 41 LMP) : « **Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse. Les avantages portent sur le prix d'achat, les exigences de qualité et des critères de durabilité sociale et écologique. »**

Par ailleurs, l'AIMP, les lois cantonales et communales sur les marchés publics ainsi que les directives des organes de passation des marchés publics devraient complètement renoncer à l'inclusion du critère des différents niveaux de prix (art. 29 LMP).

**Spécification des conditions de travail et des dispositions de protection des travailleurs en cas de production à l'étranger (art. 12.2 LMP), pour éviter tout comportement entraînant une distorsion de la concurrence – bas prix proposés en contournant les normes sociales minimales – :**

- « **Une preuve peut notamment être demandée pour attester de mesures prises pour assurer le respect d'autres normes du travail internationalement reconnues, telles que la garantie d'une protection de la santé, la prévention d'heures de travail excessives, l'établissement de relations de travail formelles et le paiement d'un salaire vital. »**
- « **Afin de garantir le versement d'un salaire vital, l'adjudicateur peut, en vertu des règles de non-discrimination de l'OMC, exiger pour le marché le versement de salaires minimaux supérieurs au salaire minimum fixé par le pays de production. »<sup>3</sup>**

<sup>3</sup> Ce point est important car le salaire minimum est souvent fixé avec la volonté de promouvoir les exportations, et les besoins des travailleurs et travailleuses ne sont pas pris en compte.

#### Intégration de contrôles conséquents :

- Intégration dans les conditions de participation : « Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur **s'assure** que les soumissionnaires **respectent l'ensemble des conditions de participation sur le lieu de la prestation (sites de production, principaux fournisseurs de matières premières)**, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils aient payé les impôts et les cotisations sociales exigibles (...) »
- Spécification des preuves dans les conditions de participation – supprimer au minimum la mention d'une déclaration, car celle-ci ne constitue pas un outil fiable pour éviter les infractions au droit du travail : « **L'adjudicateur définit les preuves à apporter pour attester du respect des conditions de participations à l'aide ~~de justificatifs au moyen d'une déclaration ou~~ de leur inscription sur une liste. Il peut demander comme preuve du respect des conditions de participation sur le lieu de la prestation – en particulier pour la production à l'étranger – des labels, certifications ou systèmes de gestion pour les principales parties de la production.** »
- Alourdir la charge de la preuve dans l'« Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication » : « L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication (...) s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier : a fourni à l'adjudicateur des indications **incomplètes, fausses ou trompeuses.** »

#### Intégration de la durabilité en tant que mission centrale :

- « **La commune/le canton prend des mesures adéquates pour promouvoir activement des achats socialement et écologiquement durables. Elle s'assure que les soumissionnaires disposent à cette fin d'informations actuelles et d'instruments efficaces.** »

### 3. Les adjudicateurs exploitent la marge de manœuvre dont ils disposent ...

- en adoptant des directives en matière de marché public exhaustives et accessibles au public, qui entérinent la durabilité sociale comme principe fondamental et définissent des critères pratiques pour la mise en œuvre d'achats durables ;
- en formant les responsables des achats publics de façon ciblée sur la durabilité sociale ;
- en exigeant des soumissionnaires, et en documentant, pour tous les types de procédures, qu'ils présentent avant l'achat l'ensemble de la chaîne de production des principales composantes des biens achetés ;
- en passant des commandes aussi directement que possible auprès des fabricants, c'est-à-dire en limitant autant que possible le nombre d'intermédiaires ;
- en exigeant, et en documentant, pour tous les types de procédures, la preuve d'un système de gestion du contrôle et de l'amélioration constante des conditions de travail dans la production ;
- en coordonnant l'achat de produits issus de secteurs et de pays à risque (tels que les bordures de trottoirs, les vêtements/textiles, ou l'informatique), en regroupant les informations – en créant par exemple des offices d'information –, ainsi qu'en privilégiant les achats groupés (groupements d'achats) ;
- en rendant régulièrement des comptes auprès des autorités de surveillance et du public sur la situation de la mise en œuvre d'achats durables.