Évaluation de l'impact et de l'efficacité de la législation et la politique européennes des marchés publics

Contribution initiale commune en réponse au document de référence de la DG MARKT en date du 26.05.2010

Novembre 2010

Résumé des points clés

La présente contribution est le fruit d'un groupe de travail composé d'organisations syndicales et d'ONG à vocation sociale et environnementale (voir les logos en page de couverture et la liste en fin de document) qui travaillent ensemble depuis un certain temps sur des questions politiques relatives aux marchés publics.

Contribution initiale à l'évaluation de l'impact et de l'efficacité de la législation et la politique européennes des marchés publics en cours à la DG Marché intérieur de la Commission européenne, ce document rend compte des expériences du groupe dans nombre de champs thématiques et de domaines politiques liés aux marchés publics. Il met notamment l'accent sur les points suivants :

- Il existe d'importantes incohérences entre l'approche de la Commission sur les marchés publics et ses engagements au titre des traités et dans d'autres domaines législatifs et politiques. Le document met en lumière ces incohérences – parfois des politiques contradictoires – et invite la Commission à davantage promouvoir les engagements positifs en matière de politique sociale et, plus largement, de développement durable dans sa législation et sa politique des marchés publics.

- La recherche du moindre coût et le manque de possibilités et d'incitations à la prise en compte des autres objectifs politiques – notamment, des objectifs sociaux et relatifs à un travail décent et à l'emploi – empêchent actuellement les marchés publics de jouer pleinement leur rôle face aux défis qui se posent à nos sociétés.

- La révision de la législation et la politique devrait renforcer la capacité des marchés publics à contribuer à ces objectifs. Une telle évolution serait conforme aux nouvelles dispositions du traité consolidant l'Europe sociale, comme l'article 3.3, l'article 14, le protocole n°26, la Charte des droits fondamentaux et le principe d'intégration introduit à l'article 11.

- Le processus d'évaluation doit s'attaquer à ce déséquilibre inacceptable et montrer que l'offre la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas et qu'il convient en revanche d'accorder un poids substantiel aux avantages sociaux, éthiques et environnementaux plus larges. La Commission doit évaluer de façon approfondie la contribution de la législation et la politique des marchés publics aux objectifs plus larges de l'UE, notamment dans les domaines suivants :
  - Travail décent
  - Égalité salariale
  - Égalité entre les sexes
  - Développement durable
  - Commerce équitable
  - Cohésion sociale
  - Dialogue social et promotion des conventions collectives
  - Protection de l'environnement et du climat
  - Soutien au développement international

- Responsabilisation de la chaîne d'approvisionnement et promotion de la transparence

Nous jugeons les résultats décevants dans tous ces domaines alors que les marchés publics pourraient permettre des progrès certains ; il est urgent de remédier à cette situation.

- Les citoyens européens et de plus en plus d'entreprises, souvent sous la pression du public, tiennent compte d'aspects sociaux et environnementaux dans leurs achats et souhaitent que les gouvernements et les pouvoirs publics fassent de même. L'Union européenne doit davantage encourager les pouvoirs adjudicateurs à fonder leurs choix de produits et de services sur des critères de développement durable.

- Les coûts financièrement quantifiables sont rarement fiables ou ne constituent pas une base solide pour l'attribution d'un marché. Le dépassement du montant initial d'un marché public est fréquent dans l'Union européenne, surtout dans le cadre de contrats de partenariat public-privé (PPP). Si ces derniers permettent le report du dépassement sur les exercices suivants, le surcoût n'en demeure pas moins réel. Il existe d'innombrables exemples de marchés (principalement des contrats de services externes) attribués au moins disant, qu'il faut résilier pour défaut de qualité et relancer.

1. Introduction

Nous nous réjouissons de l'occasion qui nous est offerte de contribuer à l'évaluation en cours de l'impact et l'efficacité de la législation et la politique européennes des marchés publics. Nous espérons qu'elle donnera lieu à un examen sérieux et approfondi de cet important domaine politique.

Voici une première réponse au document de référence de la DG Markt daté du 26 mai 2010. Nous espérons avoir la possibilité de contribuer à ce processus de manière suivie par de nouvelles observations écrites sur des questions spécifiques, des réunions avec votre direction et une participation aux conférences, séminaires ou audiences organisés dans le cadre du processus d'évaluation et au-delà.

2. Contexte de la consultation

Tout d'abord, selon le document de référence de la DG Markt en date du 26 mai 2010, *l'évaluation sera l'occasion de dresser le bilan des objectifs de la législation européenne des marchés publics et d'établir si ces objectifs demeurent d'actualité compte tenu de l'évolution du contexte et si le cadre législatif actuel garantit un juste équilibre entre les coûts et les avantages.* Il est regrettable que le document ne précise pas la nature de ces objectifs, qui suscitera débat au cours de l'évaluation. Il aurait été très utile de voir si le renforcement de la dimension sociale des marchés publics, le soutien au plein emploi, la promotion du travail décent et des normes de travail, ainsi que la poursuite du développement durable et de la protection de l'environnement figurent parmi les objectifs de la Commission européenne dans ce domaine. Nous avons la conviction que de tels objectifs sont, et resteront, d'une importance capitale dans le cadre des marchés publics. Pourtant, la législation et la pratique européennes en matière de marchés publics en demeurent malheureusement encore très éloignées, et seul un changement radical à l'échelon de l'Union et des États membres permettra de les atteindre.

Le document de référence avance deux raisons pour justifier le lancement de l'évaluation :

1. *Identifier la marge d'amélioration du rapport coût/efficacité […] en vue de la prestation moins onéreuse des services publics*

2. *Renforcer l'influence des marchés publics au profit des autres objectifs politiques […] et s'il est possible ou non d'améliorer les règles actuelles afin de soutenir les autres politiques*

Si nous nous félicitons que le deuxième point reconnaisse le rôle déterminant de la législation et politique européennes des marchés publics dans la mise en œuvre des objectifs politiques plus vastes de l'UE, ces deux motifs nous semblent contradictoires. D'après notre expérience, la recherche du moindre coût, conjuguée à une législation qui ne permet et n'encourage pas assez la prise en compte d'autres objectifs politiques – notamment, des objectifs sociaux et relatifs à un travail décent et à l'emploi – signifie que le critère du prix l'emporte souvent sur des objectifs politiques essentiels face aux défis qui se posent à nos sociétés.
Nous sommes déçus de constater que même le nouveau guide de la Commission sur la passation de marchés publics socialement responsables (octobre 2010) oppose trop souvent la question du coût à l'adoption des diverses approches sociales et éthiques de la commande publique que le guide est censé promouvoir ! Nous signalons en outre qu'ignorer les aspects sociaux et environnementaux a un coût – plus élevé à notre avis, même s'il peut paraître à certains plus difficile à chiffrer. Les citoyens européens et certaines entreprises tiennent déjà compte d'aspects sociaux et environnementaux dans leurs achats de produits ou de services. Les règles de l'UE ne devraient pas empêcher les pouvoirs adjudicateurs de fonder leurs choix de produits et de services sur des critères de développement durable[1].

Nous espérons que le processus d'évaluation remédiera à ce déséquilibre inacceptable et montrera que l'offre la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas et qu'il convient en revanche d'accorder un poids substantiel aux avantages sociaux, éthiques et environnementaux plus larges, quelle que soit la difficulté, aux dires de certains, de quantifier ces avantages en termes financiers. À l'heure actuelle, la Commission européenne et certains pouvoirs publics attachent trop d'importance à la possibilité ou non d'évaluer ces avantages (prétexte fréquent pour ne pas les intégrer dans le processus de passation des marchés publics) ; ils devraient plutôt admettre et défendre activement la valeur positive de ces avantages.

Le processus d'évaluation ne doit pas sous-estimer la capacité des marchés publics à stimuler la création d'emplois et la croissance en ces temps difficiles de crise économique et par après. Nous souhaiterions que les objectifs de la politique européenne des marchés publics concernent davantage la promotion de l'emploi de qualité et la fourniture de services, de marchandises et de travaux de qualité en Europe et ailleurs. Dans un souci d'efficacité et de respect des objectifs de la stratégie Europe 2020, une certaine souplesse des règles et des exigences contraignantes seront nécessaires à cet effet.

La pression de la crise risque de pousser les pouvoirs publics à opter pour le prix le plus bas. C'est pourquoi la Commission doit jouer un rôle moteur et encourager les gouvernements et

[1] Un récent rapport Eurobaromètre (9 novembre 2010) sur le commerce international révèle que « près de 40 % [des citoyens européens] sont disposés à payer plus cher pour des produits d'entreprises qui appliquent des normes sociales et environnementales élevées ou soutiennent les pays en développement » (page 35). Le rapport figure à l'adresse http://ec.europa.eu/trade/trade-growth-and-jobs/public-opinion.

les pouvoirs adjudicateurs à utiliser la commande publique comme un levier de promotion de l'emploi, de la formation qualifiante et de l'inclusion sociale – de façon à infléchir le marché dans le bon sens.

Il importe que la Commission accepte, dans le processus d'évaluation, le fait que les coûts financièrement quantifiables ne sont pas toujours fiables ou ne constituent pas une base solide pour l'attribution d'un marché. Le dépassement du montant initial d'un marché public est fréquent dans l'Union européenne, surtout dans le cadre de contrats de partenariat public-privé. Nous connaissons d'innombrables exemples de marchés (principalement des contrats de services externes) attribués au moins disant, qu'il faut résilier pour défaut de qualité et relancer. La Commission doit davantage mettre l'accent sur la mesure et le contrôle des aspects qualitatifs des contrats. Bien que rarement évoqué par les institutions européennes ou les gouvernements des États membres, c'est un problème répandu qui entraîne des coûts élevés si l'on considère les dommages causés aux citoyens par une offre de services/fournitures/travaux médiocre voire inexistante, outre les surcoûts imputables aux retards et aux procédures administratives ou judiciaires pour les pouvoirs adjudicateurs.

Le rapport Monti sur l'avenir du marché intérieur[2] reconnaît qu'il est possible d'exploiter davantage les marchés publics au profit des grands objectifs susmentionnés, mais choisit de se concentrer plus particulièrement sur l'énergie et le changement climatique.

Nous recommandons vivement à la Commission européenne d'évaluer de façon approfondie la contribution de la législation et la politique des marchés publics aux objectifs plus larges de l'UE, y compris de mettre davantage l'accent sur des domaines tels que le travail décent, l'égalité salariale, l'égalité entre les sexes, le développement durable, le commerce équitable, la cohésion sociale, le dialogue social et la promotion des conventions collectives, la protection de l'environnement et du climat, le soutien au développement international, ainsi que la responsabilisation de la chaîne d'approvisionnement et la promotion de la transparence. Nous jugeons les résultats décevants dans tous ces domaines et estimons qu'il importe de remédier à cette situation. Le processus d'évaluation doit porter sur les mesures à prendre pour en faire un instrument qui contribue à ces objectifs plus efficacement à l'avenir.

La commande publique (et, plus généralement, la politique liée au marché intérieur) ne peut se soustraire à la responsabilité collective des institutions européennes dans ces domaines. Demeurant trop étroites et restrictives, la législation et la politique actuelles des marchés publics ne permettent pas de pleinement réaliser nombre des principaux objectifs sociaux et environnementaux de développement durable. Les politiques du marché intérieur ayant une incidence sur les marchés publics présentent en outre des contradictions flagrantes avec les objectifs plus larges de la législation et la politique sociale et de durabilité, dont bon nombre figurent dans les traités de l'UE (le travail décent, le plein emploi, l'économie sociale de marché, le développement durable). Il convient de résoudre ces contradictions. À notre avis, le renforcement de la capacité des marchés publics à contribuer à ces objectifs devrait occuper une place centrale dans la révision en cours.

[2] http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf/20100510_1_fr.pdf

3. Une politique des marchés publics qui reflète la politique générale de l'UE

Cette première réponse attire l'attention sur certaines incohérences que nous relevons dans la politique des marchés publics de la Commission par rapport à d'autres domaines politiques de l'UE, soit liés aux marchés publics ou influencés par eux. Nous soulignons en particulier la nécessité de parfaitement respecter les nouvelles dispositions du traité qui renforcent l'Europe sociale (l'article 3.3 du TFUE, notamment) et nous permettent de mettre en place une économie sociale de marché moderne. L'article 14 du TFUE reconnaît que les services d'intérêt économique général font partie intégrante du modèle social de l'Europe. Le protocole n°26 établit clairement les responsabilités des États membres en matière de fourniture de ces services, tandis que la Charte des droits fondamentaux reconnaît le droit d'accès des citoyens aux services d'intérêt économique général. Dans sa communication relative à la stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne[3], la Commission rappelle que tous les actes juridiques de l'UE « doivent être pleinement conformes à la Charte ».

Le traité de Lisbonne comporte une « clause sociale horizontale » (article 9) qui dispose : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine. » Comme l'indique un document élaboré par la présidence belge, la clause sociale horizontale « invite à accorder une attention accrue à la dimension sociale des politiques de l'UE. La prise en compte des conséquences sociales de l'ensemble des politiques européennes exige un dialogue structurel entre toutes les institutions européennes et au sein de celles-ci. Cela implique que tous les domaines politiques du Conseil et de la Commission bénéficient de l'expertise propre au domaine social. »[4]

Principales incohérences :

i) Europe sociale – trouver l'équilibre

Les organisations syndicales et les ONG sociales critiquent le manque de dimension sociale du marché intérieur[5]. Une évaluation, suivie d'une éventuelle révision, des directives sur les marchés publics est l'occasion de corriger ce déséquilibre. La révision devrait avoir pour but de réorienter la politique des marchés publics vers la réalisation d'une économie sociale de marché, dans le respect des nouvelles dispositions du traité de Lisbonne[6] et en vue d'assurer un progrès social durable dans et hors de l'Europe. En plusieurs décennies, l'UE s'est dotée d'un considérable corpus législatif et politique en matière sociale et d'emploi, qui définit notre *Europe sociale*. Pourtant, il n'y a malheureusement jamais eu de véritable

[3] COM(2010) 573 final
[4] Note de contexte rédigée par la présidence belge 2010 : http://socialsecurity.fgov.be/eu/docs/agenda/26-27_10_10_sia_fr.pdf
[5] Par exemple, dans sa résolution (mars 2010) sur « *Une nouvelle impulsion sociale pour la stratégie du marché intérieur* », la CES indique que sa demande d'associer le marché intérieur à une dimension sociale forte n'a pas été suivie de tout l'effet désirable et qu'il est nécessaire de combler le retard et de prendre des mesures visant à promouvoir les objectifs sociaux de l'Europe.
[6] Le traité de Lisbonne dispose que l'Union européenne doit être fondée sur « une économie sociale de marché hautement compétitive » (article 3.3). En adoptant ce traité, l'Union européenne a marqué sa volonté programmatique de se donner l'économie sociale de marché comme « modèle social européen souhaitable ».

équilibre entre les dimensions sociales et économiques de l'UE. Ces dernières années, la crainte occupe les esprits que l'on permette aux droits et libertés économiques, liés au marché intérieur de l'UE, d'acquérir beaucoup plus de poids que les droits sociaux et les libertés des travailleurs et des citoyens européens en général. Cette situation entraîne la désaffection des citoyens et une impopularité grandissante du projet d'union européenne. La Commission doit prendre des mesures pour rééquilibrer les disproportions.

Le traité de Lisbonne a notamment pour objectif déclaré une économie sociale de marché et comporte une base juridique pour la Charte des droits fondamentaux. Pourtant, la politique des marchés publics contribue peu à promouvoir l'emploi, l'inclusion sociale, le travail décent et les normes de travail, à favoriser de bonnes conditions de travail et des modalités fixées par conventions collectives, et à faire respecter le rôle des syndicats dans les relations sociales.

Les arrêts de la Cour de justice européenne, notamment dans les affaires Laval, Rueffert et Luxembourg, ont plongé le domaine des marchés publics dans une incertitude intolérable et porté un nouveau coup aux principes mentionnés plus haut, engendrant des politiques en opposition. Il est indispensable de régler ce conflit si l'on veut que le mot *Europe sociale* conserve tout son sens. Les fonds publics ne devraient pas servir à soutenir des entreprises qui tirent à la baisse les normes de travail et les conditions en vigueur localement, remettent en cause la sécurité de l'emploi et portent atteinte aux droits individuels et collectifs des travailleurs – là est la menace depuis ces arrêts. En outre, ceux-ci n'encouragent pas à ratifier et à appliquer la convention n°94 de l'OIT[7] (sur les clauses de travail dans les contrats publics) qui stipule que toute soumission doit appliquer des conditions de travail non moins favorables que celles en vigueur dans la région. La Commission doit axer l'élaboration de sa politique des marchés publics autour du renforcement et de la promotion de l'adoption de la convention n°94 de l'OIT, au lieu de la saper.

Le Commissaire Barnier a promis « *de mettre le marché intérieur au service du progrès humain, de lutter contre le dumping social et de protéger les services d'intérêt général «,* ce qui nécessitera que la Commission européenne adopte des mesures collectives concrètes pour contrer l'effet négatif de ces arrêts.

Dans les propositions de l'Acte pour le marché unique publiées récemment, le Commissaire Barnier a approfondi la question. La Commission doit à présent sérieusement répondre aux problématiques abordées dans les propositions n°29 et 30, notamment, et présenter des solutions juridiquement contraignantes qui assureront de réels progrès dans deux domaines clés : l'attribution d'une valeur juridique au respect des droits fondamentaux et la révision de la législation sur le détachement des travailleurs pour qu'elle puisse offrir aux travailleurs les protections, les droits et l'égalité de traitement visés, conformément à son objet premier.

Il doit être clairement admis que les aspects sociaux font progresser la réalisation des objectifs d'intérêt général largement partagés et que ceux-ci doivent toujours l'emporter sur les libertés et les règles du marché. La non-prise en compte des aspects sociaux et éthiques favorisera un nivellement par le bas et le dumping social, lesquels entraîneront à leur tour une hausse du nombre de travailleurs pauvres et précaires. Voici qui bat en brèche le programme européen pour un travail décent. Il ne faudrait pas en sous-estimer les coûts

[7] Le convention est ratifiée par 59 pays dont plusieurs États membres de l'UE : Autriche (1951), Danemark (1955), France (1951), Finlande (1951), Belgique (1952), Espagne (1971), Italie (1952), Pays-Bas (1952) et Chypre (1960).

directs et indirects à moyen et long terme pour les sociétés d'Europe et du monde, et il importe de les éviter.

ii) Égalité entre hommes et femmes

Dans sa communication[8] intitulée « *Combattre l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes* », la Commission européenne invite « *les administrations nationales à mettre tout en œuvre pour réduire l'écart de rémunération en leur sein et à promouvoir l'égalité salariale chez leurs fournisseurs au moyen des procédures d'exécution des marchés publics* ». La Commission doit concevoir des mécanismes obligatoires visant à améliorer l'égalité par le biais des marchés publics. Si des dispositions juridiques existent à cet effet dans certains États membres, une harmonisation et l'instauration de règles contraignantes sont nécessaires à l'échelon européen.

La commande publique pourrait constituer un important instrument de résorption de l'écart salarial entre les sexes. La Commission a reconnu à plusieurs reprises que le continuel manquement à ce principe établi de longue date est inadmissible. Les marchés publics offrent à l'UE et aux États membres un moyen de relancer cet objectif en montrant la voie à l'aide d'un arsenal de mesures incitatives et de sanctions – ils doivent désormais s'engager à en faire usage dans ce domaine.

iii) Cohésion sociale

Le programme européen d'inclusion sociale invite les pouvoirs publics à instaurer un cadre d'intégration des groupes vulnérables dans le marché du travail. L'accord[9] sur des marchés du travail inclusifs, conclu récemment par les partenaires sociaux intersectoriels, souligne en outre la nécessité d'incitations politiques pour favoriser la mise en œuvre de mesures concrètes. Pour promouvoir l'emploi des personnes exclues du marché du travail, la législation des marchés publics doit être beaucoup plus souple.

Malgré les progrès appréciables apportés par la révision des directives de 2004 et la possibilité de réserver des marchés aux usines et entreprises employant des personnes handicapées, il importe maintenant d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs de toujours détenir au moins un contrat avec des établissements de travail protégé, à l'instar du document d'orientation britannique relatif à l'article 19 (article 7 du règlement britannique).

Il convient d'assouplir et d'élargir les dispositions des directives pour favoriser l'accès des chômeurs de longue durée et des jeunes sans emploi à une formation qualifiante et au travail et pour promouvoir la diversité en matière de race, de handicap, de sexe, d'âge, d'orientation sexuelle et de conviction religieuse sur le lieu de travail, par le biais des marchés publics. Ce point est particulièrement important en période de crise économique où le chômage augmente et les perspectives d'emploi pour les groupes vulnérables se détériorent encore plus gravement.

iv) Travail décent

L'UE dispose d'une politique[10] en faveur du travail décent. Pourtant, la politique commerciale et la commande publique européennes accordent trop peu d'attention à des conditions et

[8] COM(207)424
[9] http://www.etuc.org/IMG/pdf_20100325155413125.pdf (en anglais)
[10] http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=323&langId=fr

salaires décents, aux normes de travail et à la santé et la sécurité. Dans les marchés publics, où est le principe de la rémunération équitable prôné par la Commission ? Si les travailleurs des pays en développement sont exploités et réduits à des conditions misérables, ils ne vont pas créer de pouvoir d'achat ni de demande, et on ne pourra fonder le développement social et économique de leurs pays sur rien. L'UE ne peut s'exposer au reproche de ne soutenir le principe de la croissance économique durable que dans le cadre de sa politique intérieure, et non en matière de politique extérieure[11]. Il convient d'inciter les États membres à ratifier la Convention n° 94 de l'OIT sur les clauses de travai l dans les contrats publics, de même que les autres normes et conventions de l'OIT en faveur des libertés syndicales et des droits des travailleurs. L'UE doit également inscrire ces exigences dans les négociations commerciales et les marchés publics.

La passation des marchés publics doit également prendre en compte les caractéristiques propres à certains services particuliers (sociaux et de santé, par exemple) qui nécessitent une organisation et des dispositions réglementaires spécifiques, ainsi qu'un personnel formé et qualifié en nombre suffisant pour assurer un service efficace et de qualité[12]. Le dumping social et une concurrence déloyale sur les salaires peuvent avoir un effet désastreux sur ces services sensibles.

v) « Meilleur rapport qualité/prix » (pas le prix le plus bas)

Trop souvent, le prix le plus bas s'impose. Cette primauté repose sur une interprétation réductrice de l'expression « offre la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur ». En période de crise économique et financière, les contraintes budgétaires poussent davantage encore les pouvoirs adjudicateurs à attribuer le marché à l'offre la moins disante, au lieu d'estimer les avantages plus larges pendant la durée du contrat et les bienfaits à long terme d'une politique des marchés publics plus responsable sur le plan social. Les pouvoirs publics doivent aussi évaluer le coût de la non-prise en compte des aspects sociaux en général. Opter pour le prix le plus bas peut compromettre la qualité des emplois et des services. Par exemple, des syndicats danois ont récemment analysé les économies de 15 à 20 % réalisées suite à l'externalisation de services de santé locaux. Selon cette étude, la différence est imputable au fait que les nouvelles entreprises emploient du personnel d'un niveau de formation plus faible, recourent davantage au temps partiel et ne paient pas les heures supplémentaires[13]. Autrement dit, la réduction des coûts se fait au détriment des travailleurs et de la qualité du service fourni – clairement une fausse économie.

vi) Développement durable

Le développement durable de l'Europe et de la planète figure parmi les objectifs du traité de Lisbonne. Bien que l'UE ait affirmé que le développement durable implique des considérations sociales et environnementales aussi bien qu'économiques, d'importants progrès restent à accomplir, plus particulièrement en matière sociale.

[11] Dans son avis sur la rémunération équitable, la Commission spécifie que tout emploi doit être justement rémunéré. Les dix dimensions de la qualité de l'emploi qu'elle a identifiées et la notion de « travail décent » de l'Organisation internationale du travail (qui ajoute celle de la protection sociale) constituent un cadre commun d'amélioration de la qualité de l'emploi.

[12] Des études de terrain sur les services de placement et de formation professionnelle en Allemagne, par exemple, révèlent que le choix des pouvoirs publics d'attribuer des marchés au moins disant alimente une spirale négative : salaires nettement plus bas, prolifération des contrats précaires et à durée déterminée, et dévalorisation des grilles de rémunération (pour les nouveaux contrats ou les personnes entrant sur le marché du travail).

[13] Pour plus d'informations, voir le site de la FOA (en danois).

Dans la plupart des cas, déterminer si un produit ou un service est durable exige d'évaluer s'il résulte d'un processus de production durable – sur le plan social, environnemental et économique. La directive générale sur les marchés publics actuellement en vigueur prévoit des spécifications techniques relatives aux processus de production [14] et, selon l'interprétation de la Cour de justice européenne, ces dispositions autorisent des spécifications techniques visant à promouvoir la durabilité des processus de production. Cette interprétation est en outre étayée par le principe d'intégration, lequel veut que l'on intègre les objectifs de *développement durable* dans toutes les législations et politiques de l'UE et des États membres. Le traité de Lisbonne affirme le rôle fondamental du développement durable dans la réalisation des objectifs de l'UE, y compris dans ses relations extérieures[15].

Le fait que l'exigence du principe d'intégration porte sur les objectifs de *développement durable* – et non pas simplement sur les objectifs environnementaux, sociaux et économiques considérés isolément – a des implications profondes. Le concept global de développement durable, dans lequel s'imbriquent des éléments économiques, environnementaux et sociaux, est indispensable pour un développement écologiquement viable à long terme. Le cinquième considérant de l'actuelle directive sur les marchés publics fait expressément référence au principe d'intégration et souligne que la directive vise à permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser les marchés publics pour mettre en œuvre les objectifs de développement durable[16].

Les considérants ajoutent en outre : *« Aucune disposition de la présente directive ne devrait interdire d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre, de la moralité et de la sécurité publics, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au traité. »*[17]

La directive vise donc manifestement à définir la substance et la portée des politiques en matière de marchés publics de façon à y incorporer les objectifs de promotion du développement durable. L'interprétation de la Cour de justice européenne des actuelles directives sur les marchés publics va en effet dans ce sens, comme l'illustre l'arrêt *Wienstrom*[18].

[14] Directive 2004/18/CE, article 23 et annexe VI

[15] L'article 3, paragraphe 2 dispose que « l'Union établit un marché intérieur » et il est ajouté au même paragraphe qu'elle œuvre pour le développement durable de l'Europe selon les trois piliers (économique, environnemental et social). Le paragraphe 5 de l'article 3 indique en outre que, dans ses relations avec le reste du monde, l'Union contribue au « développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme ». De plus, à l'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le traité de Lisbonne maintient les dispositions de l'article 6 du traité instituant la Communauté européenne (TCE), qui promeut la mise en œuvre du principe de développement durable dans la définition de toutes les autres politiques et actions de l'Union.

[16] Conformément à l'article 6 du traité [instituant la Communauté européenne], les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3 du traité, en particulier afin de promouvoir le développement durable. *La présente directive clarifie donc comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et la promotion du développement durable* tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix.

[17] Directive 2004/18/CE, sixième considérant

[18] Affaire C-448/01, EVN AG et Autriche, Rec. 2003 p. I-14527

En 2004, la Commission européenne a publié un manuel[19] sur les marchés publics écologiques, suivi depuis lors d'objectifs précis et d'autres propositions positives de l'UE. Après un retard inadmissible, un manuel sur les marchés publics sociaux a finalement vu le jour en octobre 2010, quoique moins ambitieux et dénué d'objectifs. Dans ces deux manuels, la Commission s'efforce de limiter la substance et la portée des critères d'attribution touchant à la durabilité des processus de production. En revanche, elle continue d'affirmer que les critères d'attribution doivent se limiter aux seules qualités et caractéristiques physiques des produits.

La révision des directives sur les marchés publics doit avoir pour but de préciser la façon dont on peut intégrer les critères associés aux trois piliers de la durabilité (social, environnemental et économique) dans les politiques des marchés publics, conformément au traité de Lisbonne et au principe d'intégration. Il faut des dispositions plus claires et positives qui promeuvent efficacement les dimensions sociales et environnementales et accordent explicitement plus de place à la prise en compte de tels aspects au stade de l'attribution du marché. Qualité et accessibilité doivent constituer le fil conducteur de la procédure de passation. On veillera notamment à la qualité des produits et à la durabilité des méthodes et processus de production. Les aspects sociaux et environnementaux sont ici fondamentaux. Il n'est pas recommandé de se borner aux qualités et caractéristiques physiques des produits. En promouvant un point de vue restrictif, l'UE risque d'étouffer l'innovation et les progrès en matière de durabilité des produits et de responsabilité sociale des entreprises. Cette approche est en contradiction flagrante avec les engagements politiques en matière de RSE[20], favorables à l'innovation, à la recherche et au développement technologique ; elle nuira gravement à l'essor de la responsabilité sociale dans le secteur public et privé à travers le monde et pèsera sur les perspectives européennes de recherche, de développement et d'innovation.

Il convient de fixer des objectifs de commande européens et nationaux dans le but d'accroître le nombre des marchés publics attribués à « l'offre économiquement la plus avantageuse » plutôt qu'à la moins disante, compte tenu de toute une série d'aspects sociaux et de durabilité. Des orientations de la Commission, un suivi et une évaluation par les pairs devraient y concourir.

vii) Développement et dimension extérieure de l'UE

Le traité de Lisbonne inscrit la lutte contre la pauvreté et le commerce libre et équitable parmi les objectifs de l'UE. La législation européenne et les documents d'orientation de la Commission ne permettent cependant pas facilement aux pouvoirs adjudicateurs de donner la priorité aux produits issus du commerce équitable dans les marchés publics. Comme le préconise la communication de la Commission intitulée « Cohérence des politiques au service du développement »[21], les politiques intérieures et extérieures de l'UE doivent être cohérentes, au risque de s'éroder mutuellement. Il est temps de joindre le geste à la parole. Par ailleurs, trop souvent, les marchés publics extérieurs et les accords commerciaux négociés avec les pays en développement ont, paradoxalement, plus d'effets négatifs que positifs sur le développement social et économique de ces pays. L'aide au développement fournie par l'Europe peut parfois paraître dérisoire au regard des dommages causés aux pays en développement par la libéralisation forcenée de la politique commerciale et des marchés publics.

[19] http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf
[20] http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index_fr.htm
[21] http://europa.eu/legislation_summaries/development/general_development_framework/r12534_fr.htm

Motivées par le prix le plus bas, de telles décisions favorisent l'abaissement continuel des salaires et des normes de travail, ainsi que la surexploitation des terres, des ressources et des travailleurs dans les pays en développement, tout en y limitant la croissance et les bienfaits réels et durables. Le travail décent et la production durable doivent être la priorité. Il y a besoin de cohérence entre les politiques intérieures et extérieures de l'UE.

Le 9 novembre 2010, la Commission européenne a publié[22] son nouvel agenda commercial, notamment des propositions relatives à la dimension extérieure des politiques des marchés publics, couvrant les accords commerciaux bilatéraux avec les pays tiers. Tout en reconnaissant l'importance des marchés publics étrangers pour la compétitivité des industries européennes, la Commission doit non pas réduire ou limiter le champ d'application des politiques européennes, mais inciter les partenaires commerciaux de l'Union à promouvoir le développement durable dans toutes ses dimensions par leurs propres politiques des marchés publics et à élaborer des mesures visant à prévenir, d'une part, l'érosion des normes de travail et des droits et conditions des travailleurs et, d'autre part, l'exploitation de l'environnement.

viii) Environnement, climat et émissions

Dans ce domaine, il y a loin entre l'engagement déclaré et la pratique. Les procédures du commerce et des marchés publics de matériaux/ressources naturelles/énergie répondent principalement au souci d'acquérir des marchandises, produits, matériaux et sources d'énergie à bon marché et en abondance. Si peu d'attention est accordée aux aspects environnementaux dans le pays d'origine, en particulier dans les pays en développement, que cela favorise une exploitation non durable pour une production au prix le plus bas.

Les pays fournisseurs et leurs habitants bénéficient relativement peu de ces prix planchers qui compriment les salaires et engendrent des conditions de travail épouvantables. Ils supportent pourtant des coûts inimaginables en termes de dommages sociaux, sanitaires, environnementaux et climatiques. Les cultures sont produites à l'aide de pesticides interdits qui s'infiltrent dans les sols et des sources d'eau vitales, entraînant des problèmes de santé et, trop souvent, la mort. En général, faute de protection, les travailleurs qui pulvérisent ces produits chimiques souffrent de maladies et d'infirmités. La déforestation massive provoque des glissements de terrain dévastateurs et conduit à l'extinction d'espèces végétales et animales. En quoi cela cadre-t-il avec les politiques européennes pour le climat et l'environnement ? Les politiques commerciales et des marchés publics doivent intégrer des exigences impératives visant à lutter contre de telles pratiques destructrices.

ix) Dialogue social

L'UE fait office de secrétariat pour plusieurs comités de dialogue social et les procédures de Maastricht ont mis en place un processus de dialogue social intersectoriel permettant une approche législative fondée sur l'entente des partenaires sociaux dans le domaine social. Toutefois, la consultation des syndicats et la promotion de leur engagement et leur rôle dans la politique des marchés publics ne sont en rien manifestes. Il n'est pas non plus fait référence au rôle et à l'importance des organisations syndicales et de leurs partenaires sociaux dans la politique commerciale, lors de la négociation d'accords européens.

[22] http://ec.europa.eu/trade/trade-growth-and-jobs/ (en anglais)

Dans la politique des marchés publics et les actes législatifs à venir, la Commission européenne doit souligner de façon plus ouverte le rôle et l'importance d'une participation syndicale au stade le plus précoce de la passation, c'est-à-dire bien avant qu'il ne soit envisagé d'externaliser. En promouvant la rémunération équitable, le travail décent et de bonnes conditions, l'égalité, la santé et la sécurité, la qualité et l'accessibilité des produits et des services, les syndicats jouent un rôle essentiel de garde-fou contre les offres anormalement basses relevant de la sous-cotation et du dumping social. Nous souhaiterions que les syndicats soient davantage associés aux groupes d'experts ou de travail de la Commission dans ce domaine.

x) Simplification et durabilité sociale

Le rapport Monti aborde le thème des marchés publics et soulève la question de savoir si une réforme doit déboucher sur une prise en compte accrue des grands objectifs horizontaux dans les marchés publics. Si ces objectifs correspondaient aux objectifs des politiques de l'UE en matière sociale, d'emploi, de travail décent, de normes de travail, de commerce équitable, d'environnement et de développement durable, nous serions sans aucun doute en faveur d'une telle évolution. Le document évoque également la nécessité de *simplifier* et d'*aiguiser* les règles applicables aux marchés publics. Ceux d'entre nous qui suivent ce domaine politique depuis un certain temps observent que là était en fait la motivation de la dernière révision, en 2004, qui a donné lieu à la codification de plusieurs directives. À notre avis, la Commission européenne aurait dû davantage clarifier et renforcer la dimension sociale des directives et leurs implications en matière de politique de l'emploi et du développement durable. Nous exhortons la Commission à admettre que la simplification ne doit pas être synonyme de *déréglementation*. Au lieu d'être axée sur la suppression de ce que les entreprises qualifient souvent exagérément de *charges administratives* et d'*hostilité aux PME*, l'évaluation devrait viser à vraiment équilibrer les dimensions économiques, sociales et environnementales des marchés publics durables.

xi) Marchés publics (internes) et libéralisation/privatisation

La politique européenne des marchés publics incite à la privatisation et la libéralisation des marchés publics au détriment du droit qu'ont les autorités de fournir des services et d'exécuter des travaux sous le régime de la quasi-régie. Pourtant les traités indiquent clairement que les pouvoirs publics doivent avoir le choix du mode de prestation et d'exécution, ce que confortent les parties du traité de Lisbonne portant sur les services publics.
Sans aucun mandat en ce sens, l'UE s'obstine à promouvoir les PPP[23], malgré les preuves accablantes du caractère excessif des coûts et de la médiocrité des services/structures/marchandises. Dans son rapport, M. Monti qualifie ce problème de *frein*, mais pense que *clarifier* davantage le concept de « quasi-régie » permettrait de le résoudre.

Il importe de réaffirmer tout l'intérêt de promouvoir la quasi-régie à l'échelon de l'UE et des États membres. Nous devons tirer les leçons de cette grave crise économique et financière : loin d'être la clé d'une prospérité et une croissance économiques stables et durables, la libéralisation tous azimuts réserve d'effroyables surprises. Trop souvent, c'est l'innocent, le petit salarié, le citoyen vulnérable qui paie le prix de ce capitalisme de casino dément qui a

[23] Voir la récente communication de la Commission relative aux PPP (http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:FR:PDF), selon laquelle elle « *compléter[a] les initiatives prises par les États membres pour lever les obstacles au développement des PPP et promouvoir leur utilisation* ». Pour une critique des PPP et la présentation d'autres solutions possibles, voir http://www.epsu.org/a/4217 (en anglais).

paralysé les finances de pays du monde entier et fait, à présent, des ravages dans les services publics, tandis que les gouvernements mettent en œuvre des plans malavisés d'austérité au lieu de s'efforcer de stimuler l'économie.

xii) Chaîne d'approvisionnement et responsabilité

Dans le cadre des marchés de la Commission européenne, le contractant principal est tenu responsable des activités/du travail des sous-traitants, sans que cela constitue une norme de politique législative en matière de marchés publics. Il est nécessaire d'instaurer cette pratique et de responsabiliser la chaîne d'approvisionnement, notamment par une définition plus précise des responsabilités des sous-traitants, leur surveillance et l'application de sanctions.

xiii) Transparence

Il convient d'accroître la transparence des dépenses publiques. La transparence est également un objectif social important à plusieurs niveaux selon la façon dont les marchés sont exécutés et par qui. De telles informations doivent relever du domaine public, notamment les critères de qualité et d'accessibilité et ceux liés à l'emploi et aux conditions de travail. Les pouvoirs publics doivent être tenus de systématiquement contrôler les normes de service et d'emploi.

Non contente de se déclarer en faveur de la transparence, la Commission européenne doit veiller à ce que les marchés publics soient soumis à un contrôle public draconien. Leur contenu ne saurait être tenu secret pour des raisons de « sensibilité commerciale » alors que nombre de ces décisions touchent manifestement à des questions d'intérêt public.

La transparence semble parfois servir de prétexte pour se dispenser de retenir des critères d'attribution qualitatifs. Les tenants de cette position font valoir la plus grande difficulté d'appliquer les critères qualitatifs de manière cohérente et objective et, partant, l'impossibilité de leur application transparente. La Cour de justice européenne a toutefois précisé que l'exigence de transparence ne signifie pas que le pouvoir adjudicateur doive retenir des critères de nature « quantitative ou orientés exclusivement vers les prix »[24]. Elle a, au contraire, observé que « même si des critères d'attribution qui ne sont pas exprimés en des termes quantitatifs sont inclus dans le cahier des charges, ils peuvent être appliqués de manière objective et uniforme afin de comparer les offres et sont clairement pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse »[25]. De plus, la Cour a déclaré à plusieurs reprises que le moyen de garantir l'application objective et uniforme des critères d'attribution qualitatifs consiste à rendre les processus de sélection et les critères d'évaluation des offres – y compris leur pondération relative – plus clairs, plus transparents et d'un réexamen plus facile[26].

[24] Affaire T-59/05, Evropaiki Dinamiki – Proigmena Sistimata Tilepikinonion Pliroforikis AE contre Commission européenne, [2008] All ER (d) (Sept.), aux points 58-59.
[25] *Ibid*. aux points 47-48, 58-59.
[26] Voir affaire C-470/99, Universale-Bau e.a. contre EBS, Rec. 2002 p. I-11617 (et la jurisprudence citée). Voir aussi les affaires C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc e.a. contre ACTV Venezia SpA e.a., Rec. 2005 p. I-10109, et C-532/06, Lianakis contre Dimos Alexandroupolis, Rec. 2008 p. I-251.

Organisations signataires :

ClientEarth – www.clientearth.org Demander : Janet Pritchard
FETBB – Fédération européenne des travailleurs du bâtiment et du bois www.efbww.org Demander : Werner Buelens
EFFAT – Fédération européenne de l'agriculture, l'alimentation et l'hôtellerie www.effat.org Demander : Kerstin Howald k.howald@effat.org
FSESP – Fédération syndicale européenne des services publics www.epsu.org Demander : Penny Clarke pclarke@epsu.org
FERN – www.fern.org
GMB – Syndicat britannique (multisectoriel) www.gmb.org.uk Demander : Kathleen Walker Shaw kathleenwalkershaw@gmbbrussels.be
SOLIDAR – www.solidar.org
UNISON – Syndicat britannique du secteur public www.unison.org.uk Demander : Margie Jaffe

EFTA – Association européenne du commerce équitable }
FLO – Fairtrade Labelling Organizations International }
OMCE – Organisation mondiale du commerce équitable }
Pour les trois organisations ci-dessus, demander : Sergi Corbalán, coordinateur du Bureau de défense du commerce équitable, www.fairtrade-advocacy.org – corbalan@fairtrade-advocacy.org