

N° 6982¹⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DES METIERS

(13.10.2017)

Dans le cadre de la réforme de la législation des marchés publics, la Chambre des Métiers a constaté que les amendements parlementaires, qui se basent essentiellement sur les observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 23 mai 2017, ne tiennent pas compte d'une série de préoccupations qu'elle avait exprimées dans son avis du 28 février 2017 par rapport à une série de dispositions prévues par le projet de loi dans sa version initiale.

Après une entrevue avec le Ministre compétent et suite à des réunions d'un groupe de travail, le Gouvernement a pris la décision d'introduire les deux amendements dont question ci-après.

En vue de clarifier les responsabilités en matière du respect par les sous-traitants des obligations découlant du droit environnemental, social et du travail, la Chambre des Métiers se permet, afin d'éviter des problèmes qui risqueraient de se poser lors de l'application de la future loi sur les marchés publics, de proposer un amendement supplémentaire ayant trait à l'article 12, paragraphe 2, 2e alinéa et à l'article 42, 1^{er} alinéa.

1. La Chambre des Métiers salue les amendements gouvernementaux**1.1. *Suppression de la procédure concurrentielle avec négociation du livre I***

La Chambre des Métiers constate que le premier amendement portant sur l'article 17 supprime, entre autres, la procédure concurrentielle avec négociation du livre I.

Elle ne peut qu'approuver cet amendement qui répond à l'une de ses principales revendications.

En effet, l'application de cette procédure présente un risque économique important pour les entreprises, alors qu'elle s'apparente à une enchère, à fortiori si le prix constitue le seul critère d'attribution.

Or, le laminage des marges des entreprises en résultant implique quant à lui des risques manifestes au niveau de la qualité des travaux à exécuter, de sorte que la procédure visée n'est guère dans l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs.

Par ailleurs, la pression sur les marges encourage le phénomène de la sous-traitance en cascade, alors que la réalité montre que celle-ci est souvent à la source du phénomène du dumping social.

Finalement, la procédure est moins transparente que la procédure ouverte et pourrait de ce fait générer un risque accru de comportements répréhensibles, ce d'autant plus que des phases successives de négociations peuvent être prévues.

1.2. *Suppression des dérogations aux motifs d'exclusion obligatoires*

L'amendement portant sur l'article 29 supprime, à juste titre, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de déroger aux motifs d'exclusion obligatoires de la participation à une procédure de passation de marché.

La Chambre des Métiers ne peut qu'approuver cet amendement qui répond à l'une de ses principales revendications.

Dans son avis du 28 février 2017, la Chambre des Métiers s'est en effet catégoriquement opposée à ces dérogations qui risquent d'ouvrir la porte à la concurrence déloyale. Ainsi, cette dérogation permettrait par exemple au pouvoir adjudicateur d'accepter une offre, même si le soumissionnaire n'aurait pas acquitté l'ensemble de ces impôts, taxes et cotisations sociales, à condition qu'il s'agisse de montants „minimes“.

Mis à part la complexification de la procédure qu'elles suscitent, ces dérogations se basent sur des critères subjectifs, de sorte qu'on peut reprocher à cette démarche un manque de transparence.

Dans la pratique, la subjectivité des critères devrait certainement mener à une multiplication des litiges: l'entreprise n'ayant pas réglé l'ensemble de ces impôts affirmant qu'il s'agit seulement d'un montant „minime“ pour pouvoir bénéficier de la dérogation, alors qu'un soumissionnaire concurrent contesterait le niveau „minime“ des impôts à payer.

2. La Chambre des Métiers plaide en faveur de l'amendement des dispositions en relation avec le respect par les sous-traitants du droit environnemental, social et du travail

En se référant aux discussions entre les représentants de l'Artisanat et les fonctionnaires en charge du dossier, la Chambre des Métiers maintient sa position quant à la nécessité de reformuler les articles 12, paragraphe 2, 2e alinéa et 42, 1^{er} alinéa, et ce pour plusieurs raisons.

Elle est effectivement d'avis que la proposition de texte émanant du Conseil d'Etat, et qui s'inspire de la législation belge, risque, dans une interprétation stricte, d'aller au-delà de ce qui constitue l'esprit de ces articles, à savoir de donner au pouvoir adjudicateur des garanties suffisantes afin que le marché soit exécuté aux termes prévus par les conditions de marché.

Dans l'état actuel, l'article décharge effectivement l'entière responsabilité, en ce qui concerne le respect par les sous-traitants du droit environnemental, social et du travail sur le soumissionnaire. Cette position est difficilement acceptable pour la Chambre des Métiers parce que les articles imposent des missions traditionnellement réservées aux organes de contrôle publics expressis verbis au soumissionnaire. Les termes utilisés sont les suivants:

„Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail, énumérées, en ce qui concerne les dispositions internationales, à l'annexe X de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par les actes de la Commission européenne pris en conformité de l'article 87 de cette directive.“

La Chambre des Métiers est d'avis qu'une telle disposition octroyant une responsabilité et une obligation de contrôle quasi illimitées, exclusivement aux opérateurs économiques, est difficilement tenable d'un point de vue juridique et matériellement impossible à appliquer en pratique par les professionnels.

Cette problématique est d'autant plus importante qu'à travers la procédure de passation de marché choisie, le pouvoir adjudicateur favorise, le cas échéant, la sous-traitance, voire même oblige l'opérateur économique à y avoir recours, à fortiori si le prix constitue l'unique critère d'attribution. Citons comme exemple les soumissions par entreprise générale ou encore la procédure concurrentielle avec négociation dans le cadre du livre II.

La Chambre des Métiers plaide en faveur de l'application d'une logique de la responsabilité conjointe, telle que notamment prévue par la loi concernant le détachement des travailleurs¹ (ci-après

¹ Loi du 14 mars 2017 portant

1. modification du Code du travail;
2. modification de l'article 3 de la loi du 17 juin 1994 fixant les mesures en vue d'assurer le maintien de l'emploi, la stabilité des prix et la compétitivité des entreprises

„loi détachement“). En effet, la loi „détachement“ prévoit une responsabilité dans le chef des pouvoirs adjudicateurs. Dans un souci de cohérence, il serait utile de ne pas avoir de divergences en matière de responsabilité entre le texte de la loi „détachement“ et le projet de loi sur les marchés publics.

Cette responsabilité conjointe laisse par ailleurs intacte la problématique des stipulations contractuelles y relatives à mettre dans les contrats de sous-traitance; et qu’il faudra, le cas échéant, retravailler dans le cadre légal propre à la sous-traitance.

En considération de l’ensemble de ces éléments, la Chambre des Métiers propose de remplacer à l’article 12, paragraphe 2, 2e alinéa et à l’article 42, 1^{er} alinéa le libellé actuel par le libellé suivant qui est à ses yeux parfaitement conforme à la directive (art. 71 §1.), alors qu’il en reprend l’esprit et une partie des termes:

„Dans le cadre de leurs responsabilités et de leurs compétences respectives, les opérateurs économiques et les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de prendre les mesures appropriées pour que les sous-traitants respectent les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par l’Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail [...]“.

Luxembourg, le 13 octobre 2017

Pour la Chambre des Métiers

Le Directeur Général,
Tom WIRION

Le Président,
Tom OBERWEIS

