

# WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ MAUGUÉ

## Avocats

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3  
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Jean-Bernard WAEBER

François MEMBREZ  
Dipl. English law, Bristol

Christian BRUCHEZ  
Avocat spécialiste FSA droit du travail

Eric MAUGUÉ  
Avocat spécialiste FSA responsabilité civile  
et droit des assurances  
M. Sc. London School of Economics

Stéphanie LAMMAR  
Juge suppléante au Tribunal pénal

Samantha EREMITA

Giuseppe DONATIELLO  
Docteur en droit

Damien CHERVAZ

Emilie CONTI

Franco SACCONI

Régine GACHOUD  
Avocate-stagiaire

Communauté genevoise d'action syndicale  
6, rue des Terreaux du Temple  
1201 Genève

Genève, le 3 février 2011

Mesdames, Messieurs,

Je vous adresse, par la présente, mon avis de droit au sujet des exigences en matière de salaire minimum et de respect des conventions collectives qu'une collectivité peut imposer dans l'adjudication des marchés publics.

Dans mon avis de droit, j'exposerai d'abord brièvement les principes généraux applicables en matière d'adjudication de marchés publics (A) et je présenterai les conditions et critères d'adjudication (B) ; je me concentrerai ensuite sur la prise en compte de critères sociaux dans l'adjudication des marchés publics (C), ce qui me permettra de répondre aux questions posées (D).

### **A. Principes généraux applicables en matière d'adjudication de marchés publics**

1. Le droit des marchés publics a été développé en premier lieu dans le cadre de l'Union européenne, puis dans le cadre du GATT/OMC. Ces réglementations sont fondées sur les principes de non-discrimination et de transparence, le but étant de permettre aux acteurs économiques de se mesurer à armes égales grâce à des règles du jeu clairement définies et applicables. Le droit des marchés publics tend à servir les intérêts financiers des collectivités publiques et ceux des entrepreneurs extérieurs au lieu du marché.

2. La Suisse est signataire de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP). Cet accord ouvre les marchés publics, à partir de seuils définis, à des soumissionnaires ressortissant d'autres Etats parties.
3. La Suisse est également liée à la Communauté européenne par un accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics. Ce deuxième accord, uniquement applicable aux soumissionnaires ressortissants d'Etats de l'Union européenne, a élargi le champ d'application de l'AMP aux districts et aux communes et a complété l'AMP en ouvrant et réglementant d'autres marchés.
4. Le droit interne suisse des marchés publics intègre ces réglementations internationales et reprend, même pour les marchés non couverts par ces accords, les principes énoncés dans ceux-ci. Etant donné que le droit suisse des marchés publics est le reflet du droit international en la matière, il est utile de se référer à la pratique suivie à l'étranger en matière de marchés publics et en particulier à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE).
5. La passation des marchés publics est régie, s'agissant des marchés de la Confédération, par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP).
6. Les marchés cantonaux et communaux sont régis par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) ainsi que par des règles cantonales d'exécution de cet accord ; à Genève, ces règles cantonales d'exécution sont contenues dans le règlement sur la passation des marchés publics (RMP). En la matière, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) trouve également application (voir ci-après ch. 34 ss).
7. Le **principe de non-discrimination** est essentiel dans le droit des marchés publics. Il s'agit en effet d'éviter que les pouvoirs publics, dans l'adjudication de marchés, soient guidés par des pensées politiques partisans ou d'aide économique aux entrepreneurs locaux. Le principe de non-discrimination permet d'éviter que de tels motifs de choix et d'exclusion n'empêchent l'accès du marché aux entrepreneurs d'autres communes, cantons ou pays.
8. Le principe de non-discrimination fait obstacle non seulement aux discriminations directes (par exemple un critère explicite de préférence locale), mais également aux discriminations indirectes. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une norme ou une exigence qui – a priori – ne semble pas désavantager un groupe déterminé a en réalité des effets qui portent un préjudice particulièrement lourd aux personnes appartenant à ce groupe, sans que cela ne soit justifié par des motifs objectifs.
9. A titre d'exemple, le critère écologique des distances de déplacement est en principe discriminatoire, car il a pour effet de favoriser les entreprises locales par rapport aux entreprises extérieures. De même, des délais de procédure très brefs peuvent être

discriminatoires car ils sont susceptibles de gêner plus les entreprises extérieures dans l'obtention des documents du marché public et dans la préparation des soumissions (Benoit BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 p. 227 ss).

10. Le **principe de transparence** est également un principe fondamental de tout le droit des marchés publics. Il constitue en effet la condition indispensable pour éviter toute discrimination et tout obstacle au bon fonctionnement de la concurrence. Dans la mesure où les tribunaux ne peuvent pas revoir l'opportunité des adjudications, ils doivent attacher une grande importance au respect des exigences de transparence, notamment en matière de préparation de la documentation et de définition des conditions et des critères d'adjudication.

## **B. Conditions et critères d'adjudication des marchés publics**

11. Dans les procédures d'adjudication des marchés publics, trois types de conditions et critères entrent en considération :
  - les conditions d'admission (a) ;
  - les critères d'aptitude (b) ;
  - les critères d'adjudication (c).

### **a) Conditions d'admission**

12. Les conditions d'admission sont les exigences qui ont trait à la personne du soumissionnaire ou à son offre et qui doivent impérativement être respectées par le soumissionnaire pour participer à la procédure d'adjudication. Le non-respect de ces conditions entraîne donc la disqualification immédiate.
13. Ces conditions d'admission sont déterminées, d'une part, par la loi et, d'autre part, par l'adjudicateur.
14. Les conditions d'admission liées à la personne du candidat prévues par la loi ont trait notamment à la situation à l'égard du fisc et des assurances sociales, au respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, au respect de l'égalité entre femmes et hommes (pour les marchés publics fédéraux : art. 8 al. 1 let. b et c, 11 let. b à f LMP ; pour les marchés publics cantonaux et communaux : art. 11 let. e et f AIMP et directives).

## **b) Critères d'aptitude**

15. Les critères d'aptitude (ou critères de qualification) sont les références définies par le pouvoir adjudicateur auxquelles il recourt en vue de l'évaluation des capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles du candidat soumissionnaire. Les critères d'aptitude sont des critères quantifiables et arrêtés en fonction de la prestation à fournir (Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 p. 387 ss/ p. 394).
16. La singularité de chaque marché s'oppose donc à l'énonciation de critères d'aptitude standardisés. Le pouvoir adjudicateur est tenu d'énoncer des critères d'aptitude qui sont directement en rapport avec la prestation mise en soumission ; en d'autres termes, cela signifie que les candidats soumissionnaires ne devraient fournir que les preuves de capacité nécessaires eu égard à la prestation concernée (RODONDI, op. cit, p. 394-395).
17. Sont prohibés la fixation de critères discriminatoires ou des exigences de preuves violant le principe de proportionnalité. Dans un arrêt du 9 juin 2000 (publié in RDAF 2001 p. 439 ss), le Tribunal administratif de Fribourg a ainsi jugé que l'exigence d'un capital social d'un million de francs, sans rapport avec le marché à adjuger, constituait un critère d'aptitude discriminatoire et illégal.
18. Les principes de la transparence et de l'égalité de traitement commandent que le soumissionnaire ait la connaissance des critères d'aptitude retenus et que les moyens de preuves y relatifs soient énoncés, publiés ou annoncés à l'avance d'une manière précise et complète (RODONDI, op. cit. , p. 400-401).

## **c) Critères d'adjudication**

19. Les critères d'adjudication sont les critères quantifiables figurant dans le dossier d'appel d'offre et permettant de déterminer l'offre qui, dans une appréciation économique globale, garantit à l'adjudicateur le plus grand nombre d'avantages (RODONDI, op. cit., p. 402). Contrairement aux critères d'aptitude, qui ont trait à la personne du soumissionnaire, les critères d'adjudication se rapportent à l'offre elle-même.
20. Pour les marchés publics fédéraux, l'art. 21 LMP prévoit comme critères d'adjudication le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique. Cette liste n'est pas exhaustive.

21. Pour les marchés publics cantonaux et communaux, l'AIMP n'énonce pas de critères d'adjudication. Il prévoit uniquement que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir des critères d'attribution propres à adjudger le marché à l'offre la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP).
22. Le Règlement genevois sur la passation des marchés publics (RMP) prévoit que l'autorité adjudicatrice choisit des critères objectifs, vérifiables et pertinents par rapport au marché et qu'elle doit les énoncer clairement et par ordre d'importance au moment de l'appel d'offres (art. 24 RMP).
23. En principe, comme les critères d'aptitude, les critères d'adjudication ne peuvent pas être standardisés, mais ils doivent être choisis en fonction de la prestation à fournir. Aucun critère étranger au marché ne devrait donc être pris en considération. Ont été considérés comme étrangers à l'adjudication, les critères de politique régionale, fiscale ou structurelle, la connaissance du soumissionnaire et des ses travaux antérieurs, la connaissance locale ou la prise en considération de certaines conditions environnementales (RODONDI, op. cit., p. 403 et les références jurisprudentielles citées.)
24. La jurisprudence admet la prise en considération de critères sociaux ou environnementaux dans l'adjudication de marchés publics, lorsque ceux-ci sont en lien avec la prestation à fournir elle-même et à condition que les principes de transparence et de non-discrimination soient respectés.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis le critère des distances de déplacement (qui est discriminatoire pour les entreprises extérieures au lieu d'adjudication) comme critère d'adjudication admissible dans le cas où la prestation à offrir était le ramassage des ordures sur une période de trois ans (arrêt du TF 2P.342/1999 du 31 mai 2000).

25. En application du principe de la transparence, la Commission de la concurrence et les tribunaux imposent au pouvoir adjudicateur d'indiquer ou d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions (RODONDI, op. cit., p. 404 et les références jurisprudentielles citées).

### **C. Prise en compte de critères sociaux dans l'adjudication de marchés publics**

#### **a) Critères sociaux : condition d'admission et/ou critère d'adjudication ?**

26. Les critères sociaux ne sont, en règle générale, pas directement en lien avec la prestation à fournir. Au vu des développements qui précèdent, ces critères devraient donc, en principe, être pris en considération uniquement comme conditions d'admission, mais pas comme critères d'aptitude ou d'adjudication.

27. A l'examen de la jurisprudence, il apparaît toutefois que la pratique suivie est moins stricte et qu'il arrive que des critères sociaux (notamment l'emploi des apprentis et de chômeurs de longue durée) soient aussi pris en considération comme critères d'adjudication accessoires.
28. S'agissant du critère des apprentis, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 8 août 2003, sans trancher définitivement de son admissibilité, relève que tant la jurisprudence cantonale que la doctrine marquent une réserve à son égard en ne l'admettant qu'assorti de certaines cautions. Il relève que la jurisprudence zurichoise n'accepte ce critère que si le nombre d'apprentis occupés par le soumissionnaire est mis en proportion du nombre total des employés travaillant dans l'entreprise, afin d'éviter que les grandes entreprises ne soient injustement favorisées au détriment des petites. Il relève que la pratique des cantons d'Argovie et de Fribourg ne reconnaît ce critère qu'autant qu'il ne joue pas un rôle décisif dans l'adjudication, mais serve à départager des offres quasiment semblables. Il relève enfin que la pratique thurgovienne, même si elle considère ce critère comme étranger à l'adjudication, n'exclut pas de l'admettre pour départager des offres équivalentes (ATF 129 I 313, consid. 8.3).

Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois confirmé l'arrêt cantonal qui avait annulé l'adjudication au motif que celle-ci avait accordé un poids trop important au critère des apprentis par rapport aux autres critères, notamment au critère du prix (ATF 129 I 313, consid. 9.1).

29. S'agissant de l'emploi de chômeurs de longue durée ou d'une action de lutte contre le chômage, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'un pouvoir adjudicateur pouvait l'imposer comme critère d'adjudication, pour autant que ce critère ait été publié et soit appliqué de manière non-discriminatoire (arrêt CJCE du 26 septembre 2000, affaire C-225/98, Commission c/ France, pts 48 à 54).

## **b) Critères sociaux comme conditions d'admission**

### **aa) Critères sociaux prévus par la législation**

30. Toutes les réglementations en matière de marchés publics énoncent, comme conditions d'admission, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que le respect de l'égalité entre femmes et hommes (art. 8 al. 1 let. b et c LMP ; art. 11 let. e et f AIMP).
31. S'agissant des conditions de travail à respecter, l'art. 8 al. 1 let. LMP prévoit, pour les marchés de la Confédération, que les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes. En outre, l'art. 7 OMP précise qu'on entend par conditions de travail celles qui figurent dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, lorsque celles-ci font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession.

32. L'art. 11 let. e AIMP, applicable aux marchés publics cantonaux et communaux, prévoit uniquement le principe du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, sans apporter de précision sur les conditions de travail visées. Cette question est donc réglée dans la réglementation cantonale d'exécution de l'AIMP (réservée à l'art. 13 AIMP).
33. Dans le canton de Genève, l'art. 20 du Règlement sur la passation des marchés publics (RMP) prévoit que, pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires doivent respecter les conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation. L'art. 32 al. 1 RMP prévoit que le soumissionnaire doit disposer d'un document attestant soit qu'il est lié par la convention collective de sa branche applicable à Genève, soit qu'il est signataire d'un engagement à respecter les usages de sa profession.

**bb) Limites imposées par la loi sur le marché intérieur (LMI)**

34. S'agissant du respect des conditions de travail, la loi sur le marché intérieur (LMI) limite les prérogatives des pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux.

En effet, l'art. 5 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal, mais que ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI.

35. L'art. 3 LMI prévoit que la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions (a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ; (b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et (c) répondent au principe de proportionnalité (al. 1). Ces restrictions ne doivent en outre en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (al. 4)

Parmi les intérêts publics prépondérants figurent la poursuite d'objectifs de politique sociale et énergétique (art. 3 al. 2 let. d LMI).

Selon l'art. 3 al. 3 let. a LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marchés répondent au principe de proportionnalité notamment lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance.

36. L'art. 5 LMI fixe ainsi les règles minimales que doivent observer les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation de marchés publics, non seulement dans l'élaboration de leurs réglementations mais aussi dans les décisions qui en découlent (ATF 125 II 91 cons. 1c, 123 I 317 cons. 2b et 319 cons. 3c; Evelyne CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg, 1997, p. 433). Il ne peut donc être tenu compte d'un règlement communal concernant

les soumissions et adjudications que dans la mesure où ses dispositions ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et ne compromettent pas sa réalisation (ATF 124 I 109 cons. 2a ; arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 13 février 2001, in RDAF 2001 p. 454 ss).

37. Le Conseil fédéral a précisé dans son message à l'appui de la LMI qu'une réglementation prévoyant que les marchés publics de travaux doivent toujours être exécutés en respectant les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution serait incompatible avec l'art. 5 LMI. Une telle réglementation aurait pour conséquence d'exclure pratiquement du marché concerné les concurrents externes liés à d'autres conventions collectives et de les contraindre à avoir une filiale spécialement pour le territoire en question. Conformément à l'art. 3 al. 3 let. a LMI, l'application des dispositions des conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution n'est conforme au principe de la proportionnalité et, partant, autorisée, que si la protection recherchée ne peut être obtenue autrement. Comme le niveau des conventions collectives applicables aux diverses branches est à peu près comparable dans toute la Suisse, l'adjudication devra en principe intervenir en tenant compte des conventions en vigueur au lieu de provenance (FF 1995 I p. 1248-1249).

Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié (v. recommandations de la Commission de la concurrence concernant le projet de LCMP, DPC 1998, p. 337, arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 13 février 2001, in RDAF 2001 p. 454 ss).

38. Dans un arrêt du 29 avril 1998 (ATF 124 I 107) concernant une initiative en matière d'aide publique aux entreprises, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque l'assistance de l'Etat prenait la forme de l'octroi de marchés publics, l'exigence relative à la conclusion d'une convention collective de travail constituait une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché pour les entreprises extérieures au canton qui ne connaissaient pas les mêmes conditions. Selon le Tribunal fédéral, une telle restriction, qui poursuivrait certes un objectif de politique sociale au sens de l'art. 3 al. 2 let. d LMI, se révélerait non seulement contraire au principe de la proportionnalité réservé à l'art. 3 al. 1 let. c et al. 3 LMI, mais serait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser des intérêts économiques locaux, au sens de l'art. 3 al. 4 LMI (consid. 2f).
39. Dans son arrêt précité du 13 février 2001 (publié in RDAF 2001 p. 454 ss), le Tribunal administratif neuchâtelois avait à juger d'un cas d'application d'un règlement communal qui prévoyait que les offres n'étaient prises en considération que si - à charge du soumissionnaire d'en apporter la preuve - les conditions de travail prévues par les lois ainsi que par les conventions collectives et les contrats-types du lieu de travail (ou à défaut les usages de la profession) sont respectées, si les cotisations sociales ont été versées et si les impôts sont payés. Il s'agissait de déterminer si l'autorité adjudicatrice avait violé la LMI en écartant, sur la base de la disposition réglementaire précitée, l'offre d'un soumissionnaire au motif qu'il n'avait pas produit dans son dossier de candidature une attestation émanant de la commission paritaire

neuchâteloise, mais avait joint à son offre une attestation établie par la «Paritätische Berufskommission - Baugewerbe Biel» confirmant qu'elle respectait le «Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 1995-1997» et le «Gesamtarbeitsvertrag GAV Bauhauptgewerbe Biel-Bienne 1995-1997» (selon ladite commission, le premier de ces contrats collectifs avait été déclaré applicable dans toute la Suisse).

Le Tribunal a considéré que dès lors que l'entreprise avait prouvé qu'elle se soumettait aux conventions collectives de son lieu de provenance, voire même à une convention valable sur tout le territoire suisse, l'autorité adjudicatrice ne pouvait prétendre que soit produite une attestation concernant les conditions de travail sur le lieu d'exécution, et encore moins exiger que ce document soit impérativement délivré par l'instance paritaire neuchâteloise. Il a donc conclu que l'éviction de cette entreprise constituait une restriction à la liberté d'accès au marché contraire à la LMI et, partant, illicite.

40. En résumé, il résulte des éléments qui précèdent, que, selon la LMI, le pouvoir adjudicateur doit reconnaître comme équivalentes les conditions de travail en vigueur au lieu de provenance du soumissionnaire, sauf exception en cas de véritable dumping social. Sur ce dernier point, le législateur fédéral a volontairement choisi une solution moins protectionniste que celle résultant de l'AIMP (CLERC, op. cit., p. 434-435 ; dans le même sens Gabriel AUBERT, L'usage en droit du travail, in ARV/DTA 2001 p. 95 ss / p. 96-97 ; recommandation de la Commission de la Concurrence du 5 juillet 2004 dans l'affaire marchés publics Genève concernant le Règlement genevois sur la passation de marchés publics en matière de constructions du 19 novembre 1997, in RPW/DPC 2004/4, p. 1180 ss ).

**cc) Possibilité d'imposer d'autres conditions d'admission à caractère social**

41. Comme nous l'avons vu, toutes les législations imposent des conditions d'admission à respecter pour qu'un soumissionnaire puisse participer à la procédure d'adjudication de marchés publics. Parmi ces conditions d'admission figure le respect des conditions de travail, soit une condition qui est étrangère à la prestation elle-même, mais qui s'impose pour des motifs d'équité et de politique sociale ; il serait en effet choquant que l'on adjuge un marché à une personne qui ignore ou viole ses obligations vis-à-vis de la collectivité, alors même que ses concurrents respectent les leurs (RODONDI, op. cit., p. 392-393).
42. La question se pose de savoir si, au-delà de la prise en compte du respect de la législation sociale, la collectivité adjudicatrice peut imposer le respect d'un standard social plus élevé (notamment le respect de salaires plus élevés que les salaires minimaux prévus par les conditions collectives) comme condition d'admission pour participer à la procédure d'adjudication des marchés publics.
43. Aucune disposition de la réglementation sur les marchés publics n'exclut directement de telles exigences sociales plus élevées.

44. En outre, d'après les recherches que j'ai effectuées, aucune décision judiciaire cantonale ou fédérale n'a jamais eu trait à des conditions sociales d'admission autres que les conditions habituelles relatives au respect des conventions collectives et des usages. Le seul critère social supplémentaire pris en considération dans le cadre de marchés publics, à savoir l'engagement d'apprentis, était un critère d'adjudication destiné à départager les offres et non pas un critère d'admission
45. La Cour de Justice des Communautés européennes avait rendu un arrêt le 20 septembre 1988 (affaire 31/87 Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas) dans lequel il était question d'un critère relatif à la capacité d'employer des chômeurs de longue durée.

La CJCE a tout d'abord constaté que cette condition n'était ni un critère d'aptitude, ni un critère d'adjudication (pt 28).

Elle a ensuite indiqué que, pour être compatible avec la directive européenne, une telle condition devait respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services (pt 29). Elle indiquait en particulier que l'exigence d'employeur des chômeurs de longue durée pourrait notamment enfreindre le principe de non-discrimination au cas où il s'avérerait qu'une telle condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elle pourrait plus difficilement être remplie par des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres (pt 30).

En définitive, la CJCE a donc retenu que la condition de l'emploi des chômeurs de longue durée était compatible avec la directive si elle n'avait pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats et si elle était mentionnée dans l'avis de marché.

46. Dans l'ATF 124 I 107 déjà cité (voir supra ch. 38), le Tribunal fédéral devait examiner la constitutionnalité d'une initiative en matière d'aide publique aux entreprises qui prévoyait une exigence de conclusion d'une convention collective comme condition à l'octroi de l'aide publique.

Le Tribunal fédéral s'est demandé (sans y répondre) si l'Etat pouvait violer la liberté économique en imposant une obligation comme condition à l'octroi d'une prestation pour laquelle il n'existait pas de droit.

Le Tribunal fédéral a retenu que le but visé par l'exigence de conclusion d'une convention collective était la protection des travailleurs et constituait donc un but de politique sociale, conforme à l'intérêt public.

Le Tribunal fédéral a, en revanche, considéré que cette exigence constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'association des entreprises intéressées, car il aurait été possible de parvenir à un résultat similaire sans porter une telle atteinte, notamment en exigeant le respect des conditions de travail telles qu'elles sont prévues dans les conventions collectives existantes, sans exiger d'adhésion formelle (consid. 3).

47. Au vu de ces éléments, il faut donc retenir que tant que sont respectés les principes généraux applicables en matière de marchés publics, notamment la transparence, l'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination, ainsi que les droits constitutionnels des soumissionnaires (notamment la liberté d'association et la liberté de contracter), rien ne s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur fixe des conditions sociales d'admission plus élevées que celles qui sont prévues par la loi.

**D. Réponse aux questions posées**

- a) **Est-ce qu'une collectivité publique peut imposer pour ses marchés publics un salaire minimum interprofessionnel (par exemple celui prévu dans l'initiative sur le salaire minimum) ou à défaut un salaire minimum sectoriel, voire encore le respect d'une catégorie salariale spécifique d'une convention collective (même pour les employés qui n'y auraient pas droit) ?**

48. Les possibilités envisagées reviendraient à fixer des conditions d'admission à caractère social plus élevées que celles prévues par la loi actuelle. Comme exposé dans les développements qui précèdent, rien ne s'oppose, dans son principe, à la fixation par un pouvoir adjudicateur de telles exigences sociales plus élevées, à condition que les principes généraux applicables en matière de marchés publics soient respectés. Il convient donc d'examiner ces différentes possibilités à la lumière de ces principes généraux.

49. L'exigence imposée aux soumissionnaires de respecter un salaire minimum défini par l'autorité adjudicatrice constituerait une mesure de politique sociale destinée à améliorer les conditions des travailleurs et serait donc conforme à l'intérêt public.

En outre, une telle exigence s'imposerait tant aux soumissionnaires locaux qu'aux soumissionnaires extérieurs. Cette condition d'admission, qui constituerait clairement une exigence supplémentaire propre au pouvoir adjudicateur, ne reviendrait donc pas à imposer aux soumissionnaires extérieurs des prescriptions normalement applicables au lieu de destination (art. 3 al. 1 LMI) et ne constituerait nullement un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI). Cette exigence supplémentaire ne serait ainsi ni directement, ni indirectement discriminatoire.

Dans la mesure où aucune entreprise n'est contrainte de participer à des adjudications publiques et où toutes les entreprises intéressées à soumissionner seraient touchées de la même manière par une telle exigence, celle-ci ne porterait pas atteinte à la liberté économique.

Cette exigence ne porterait enfin pas atteinte à d'autres droits constitutionnels des soumissionnaires potentiels, contrairement à l'obligation de conclure ou d'adhérer à une convention collective.

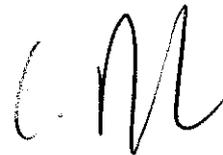
Au vu de ces éléments, il faut retenir qu'une collectivité publique est en droit d'imposer le respect d'un salaire minimum interprofessionnel comme condition d'adjudication des marchés publics.

50. La fixation d'un salaire minimum sectoriel devrait être admise pour les mêmes motifs. Il présente toutefois, à mon avis, plus de risque d'être considéré comme un autre mode de fixation de conditions locales de travail dans une branche, favorisant les entreprises locales au détriment des entreprises extérieures au canton.
  51. L'imposition du respect d'une catégorie spécifique d'une convention collective a également un lien plus étroit avec les conditions locales et pourrait aussi être considéré comme discriminatoire pour les entreprises extérieures. Cette mesure présente en outre un certain caractère arbitraire, car elle reviendrait à modifier l'équilibre de la convention collective telle que négociée par les partenaires sociaux. Elle paraît enfin plus difficile à appliquer et à contrôler et pourrait, de ce fait, être considérée comme contraire aux principes de transparence et de proportionnalité.
- b) Est-ce qu'une collectivité publique pourrait prévoir, dans les critères déterminants pour départager des soumissionnaires, que le fait d'être signataire d'une convention collective, ou à défaut de s'y soumettre individuellement, est meilleur (donne plus de points) que d'être uniquement signataire des usages ?**
52. Cette possibilité reviendrait à considérer le fait d'être signataire d'une convention collective comme un critère d'adjudication.
  53. Comme cela a été exposé, les critères d'adjudication doivent être choisis en fonction de la prestation à fournir ; aucun critère étranger au marché ne devrait donc être pris en considération dans le choix de l'adjudicataire (voir supra ch. 23 et 26). La soumission à une convention collective étant normalement sans lien avec la prestation à fournir, ce critère ne devrait pas être pris en considération comme critère d'adjudication.
  54. Comme cela a également été exposé, les tribunaux n'ont toutefois pas toujours été absolument stricts dans l'application de ce principe et ont admis la prise en compte de critères étrangers à la prestation, comme le critère des apprentis, à condition que ceux-ci restent accessoires et servent à départager des offres équivalentes (voir supra ch. 27 ss). Si cette pratique est maintenue, il n'est pas exclu que le niveau des conditions de travail puisse être pris en considération comme critère d'adjudication accessoire.
  55. Cela étant, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 I 107), l'obligation de conclure ou de se soumettre à une convention collective porte atteinte à la liberté d'association sans constituer un moyen indispensable pour atteindre un certain standard dans le niveau des conditions de travail (voir supra ch. 46). Pour ce motif, la prise en compte du critère de la soumission à une convention collective comme critère d'adjudication doit de toute façon être considérée comme un moyen disproportionné.

56. Au vu de ces éléments, s'il n'est pas (absolument) exclu de prendre en compte le niveau des conditions de travail comme critère d'adjudication (pour départager des offres équivalentes), il apparaît, en revanche, impossible de prendre en considération la soumission à une convention collective comme critère d'adjudication, même accessoire.

J'espère avoir répondu à vos questions et je reste volontiers à votre disposition pour approfondir les problématiques examinées dans le présent avis de droit.

Je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.



Christian BRUCHEZ