

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

La clause sociale dans les marchés publics : un instrument efficace de politique publique ?

Mémoire réalisé par
Przewoznik Julian

Promoteur
Rocca Marco

Année académique 2016-2017
Master en droit

REMERCIEMENTS

À mon promoteur M. Rocca, pour ses précieux conseils et son attention depuis le début de ce mémoire pour cibler le sujet qui m'intéressait ainsi que pour son aide et ses conseils tout au long de la rédaction.

À Me. Vanderstraeten, pour m'avoir apporté son aide en me permettant de rentrer en contact avec certains acteurs du terrain et de m'avoir donné son avis sur la question et ses récentes évolutions.

À Me. Jaminet, Mme. S. Leclercq (Actiris), Mrs. Cooreman et Beernaert, pour leurs réponses à mes nombreuses questions et m'avoir soumis leurs opinions sur la problématique.

À ma famille, mes amis et mes chères relectrices pour leur présence et leur soutien constant dans la rédaction de ce mémoire.

Table des matières

Introduction	5
PARTIE 1 : La clause sociale au sein du marché public.....	7
Chapitre 1 : Eléments de droit administratif en vue d’appréhender les clauses sociales.....	7
Section 1 – Définition	7
Section 2 – Champ d’application.....	9
Section 3 – Publicité	10
Section 4 – Mode de passation des marchés publics.....	12
Section 5 – Recours ouverts aux soumissionnaires évincés.....	18
Chapitre 2 : Qu’est-ce qu’une clause sociale ?.....	19
Section 1 – Définition	20
Section 2 – Provenance des clauses sociales	22
Chapitre 3 : Un critère d’attribution des marchés publics ?	24
Section 1 – Conditions de sélection, d’attribution et d’exécution	24
Section 2 – Position de la CJUE sur le statut des clauses sociales.....	26
Section 3 – Intervention du législateur européen.....	31
Section 4 – Transposition des règles européennes en droit belge	34
Partie II – Les clauses sociales face au droit international	35
Chapitre 1 : Clauses sociales et droit européen.....	36
Section 1 – Saga des arrêts de la C.J.U.E.	37
Section 2 – Réflexions sur leur compatibilité avec le droit européen.....	41
Chapitre 2 – Les clauses sociales et le commerce international	43
Chapitre 3 : Contradiction entre l’Organisation Internationale du travail et le droit européen ?.....	44
Section 1 – Collision entre les ordres juridiques	44
Section 2 – Conséquences légales de ce conflit entre les traités.....	47
Chapitre 4 : Pistes pour une solution à l’articulation des instruments internationaux	49
Section 1 – L’article 351 T.F.U.E.	49
Section 2 – Charte des droits fondamentaux.....	50
Section 3 – Les articles 2 et 3(3) du T.U.E.	50
Section 4 – Conclusions.....	51
Partie III – La clause sociale, un instrument efficace de politique publique ?	52
Chapitre 1 : Etat des lieux de sa mise en application sur le terrain	53
Section 1 – Belgique, politique fédérale	53

Section 2 – Belgique, Région Wallonne (RW).....	55
Section 3 – Belgique, Région de Bruxelles-Capitale (R.B-C.)	57
Section 4 – Conclusions sur la gestion des clauses sociales.....	59
Chapitre 2 : Autres moyens d’exécuter des considérations sociales dans un marché public.....	60
Section 1 – Réserve du marché à une entreprise d’économie sociale	60
Section 2 – Réserve partielle du marché à une entreprise d’économie sociale	62
Section 3 – Allotissement facultatif ou obligatoire	62
Section 4 – Usage de labels	63
Chapitre 3 : Quelles leçons retenir de la mise en œuvre qui a été faite des clauses sociales, quelles pistes d’avenir possibles ?.....	64
Section 1 – Risque de contre productivité	64
Section 2 – Manque de moyens dans le chef des adjudicateurs	64
Section 3 – Obligations excessives dans le chef des adjudicateurs.....	65
Section 4 – Quelles pistes d’avenir ?.....	66
Conclusion	68
Bibliographie	71
Annexes.....	79

Introduction

Les clauses sociales au sein des marchés publics ont attiré mon attention lorsque je cherchais une thématique pour mon mémoire car elles ont un champ relativement large englobant plusieurs branches du droit, me permettant dès lors de ne pas me limiter à du pur droit social.

Effectivement, cette question touche certains aspects du droit administratif, européen et bien évidemment du droit social pour ce qui est des conditions de travail que peuvent, entre autres, améliorer lesdites clauses. C'est dans l'espoir de faire converger divers intérêts, pas forcément conciliables à première vue, que je me suis lancé dans cette problématique.

Un marché public est, selon l'approche keynésienne, un moyen de relancer la production d'un pays en augmentant la demande de main d'œuvre via de grands projets de travaux émis par l'Etat, ceci pour l'aspect de droit public économique et administratif.

D'autre part, l'attribution de ces marchés publics, dans le contexte de libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, présente un certain risque de profiter à l'économie d'un pays autre que celui du pouvoir adjudicateur. Nous touchons ici à des problématiques de droit européen¹ et de droit de la concurrence, qui nous le verrons, auront tendance à désigner la clause sociale comme un obstacle aux libertés économiques du traité européen.

Enfin, sous l'angle du droit social et international², émergea l'idée d'adjoindre des clauses sociales à certains contrats de marchés publics afin d'essayer de diriger les effets de leur réalisation sur certains secteurs de la société qui nécessitent plus que d'autres d'être stimulés pour diverses raisons. Voici pour leur caractère d'outil de politique sociale.

¹ Directive 2014/24/UE CE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ainsi que la Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

² Convention de l'organisation internationale du travail (OIT) n°94 « concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique », entrée en vigueur le 20 septembre 1952

Nous commençons à apercevoir l'interdisciplinarité que comporte cette problématique, surtout les tensions pouvant se produire entre les diverses branches du droit et les instruments internationaux. Un bel exemple illustrant ces tensions se situe dans le clivage opposant, d'une part, le droit européen qui impose la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union et, d'autre part, l'aspect sélectif de la clause sociale³ qui pourrait alors potentiellement ne désigner que des acteurs locaux. Cet aspect-là sera étudié dans la seconde partie du présent mémoire, où nous verrons principalement les tensions entre le droit européen – axé sur la concurrence – et celui de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui favorise plutôt lui les libertés fondamentales.

Le présent travail va présenter la clause sociale en trois temps :

Dans la première partie, nous nous efforcerons de définir la clause sociale et de faire les rappels élémentaires et nécessaires de droit administratif quant à la mise en œuvre concrète de la clause, les règles qui régissent son application et son insertion dans les cahiers de charges.

Dans la seconde partie, nous porterons une attention toute particulière au droit international et particulièrement à la convention 94 de l'OIT, dont dérive la clause sociale, ainsi qu'au droit européen, qui peut parfois entrer en contradiction avec la volonté des adjudicateurs d'insérer des considérations sociales dans leurs marchés.

Nous concluons sur une troisième partie, moins théorique, qui tâchera d'analyser les mesures qui furent mises en place et de dégager d'éventuelles améliorations à celles-ci sur base d'avis d'acteurs du terrain. Nous y traiterons aussi des éventuelles pistes d'avenir quant à leur usage.

Le présent travail ne se limitera pas au droit belge car, comme nous le verrons, la question de la clause sociale est intrinsèquement liée au droit international et européen. C'est une chance et une richesse que de pouvoir consulter des décisions et instruments internationaux ainsi que des auteurs belges et européens dans ce mémoire.

³ La question fut tranchée pour la première fois dans l'arrêt *Beentjes* C-31/87 du 20 septembre 1988, en substance la C.J.C.E. accepte le concept même de la clause sociale dans la mesure où elle ne classerait pas les offres en fonction de la nationalité de leur émetteur, ce qui violerait le droit européen à la libre circulation.

PARTIE 1 : La clause sociale au sein du marché public

Avant tout développement il convient de situer la clause sociale dans son contexte, qui est celui – très large – des marchés publics, (chapitre 1) puis de s'accorder sur une définition (chapitre 2) de la clause sociale et de la présenter de manière détaillée.

Chapitre 1 : Eléments de droit administratif en vue d'appréhender les clauses sociales

On ne peut pas commencer à parler des clauses sociales sans un rappel de droit administratif sur les marchés publics⁴. En effet ce type de clauses se retrouvent dans cet instrument important de l'administration.

Section 1 – Définition

« Le marché public est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques, privés ou publics, et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. »⁵

Il est un moyen pour l'Etat de passer des commandes auprès du secteur privé lorsque, par exemple, il est plus rentable de faire réaliser un service ou un bien par un acteur externe que par un service interne. C'est aussi un moyen, selon l'approche keynésienne, de relancer l'économie via une série de larges commandes publiques, lorsque l'économie est moribonde. Ce fut notamment le cas après la seconde guerre mondiale, époque à laquelle d'énormes chantiers de reconstruction furent lancés, ce qui permit de donner de l'emploi à de nombreuses personnes. C'est d'ailleurs dans ce contexte « post-seconde guerre mondiale » que la convention numéro 94 sur les clauses sociales de l'O.I.T. émergea.

Si les marchés publics suscitent si souvent la controverse c'est qu'il est question d'énormes montants, les acteurs privés entrent en rude compétition pour se les voir attribuer. On estime la

⁴ Ci-après « MP »

⁵ Site web de l'union des villes et communes de Wallonie : <http://www.uvcw.be/articles/3,18,2,0,2473.htm> (consulté en mai 2017)

part des marchés publics à 14%⁶ du PIB belge, ce qui s'inscrit dans la moyenne européenne⁷. Il s'agit bien d'un instrument important de politique économique des gouvernements.

Au vu de l'importance économique de ces contrats on serait amenés à penser que l'administration poursuit le but de conclure ces contrats dans les meilleures conditions économiques possibles et que le secteur privé, lui, recherche la plus grande concurrence et transparence possible. Mais la réalité est plus nuancée, de nombreuses « affaires et scandales » défrayèrent la chronique suite à l'attribution de marchés publics par des décideurs publics à des proches, en dehors de toute publicité. Un cas récent dans l'actualité est l'enquête ouverte sur la sélection douteuse d'une entreprise d'évènementiel par l'ancien cabinet d'Emmanuel Macron afin d'organiser un voyage d'affaire à Las Vegas pour le Ministre de l'économie qu'il fut.

L'Union européenne s'est saisie de la problématique et a édicté une réglementation forte en la matière afin de réguler les marchés publics, que ce soit via des procédures de sélection, afin de s'assurer du caractère objectif de celles-ci, via les procédures de publicité, ou même les aides d'Etat, qui peuvent être dissimulées dans des marchés publics indirects.⁸ Le droit européen a entériné les principes de transparence et de concurrence dans la législation des marchés publics. Elle pèse aussi de tout son poids dans la lutte contre les restrictions aux libertés économiques (libre prestation des services et libre circulation des biens, personnes et capitaux). Nous verrons cette problématique dans la troisième partie car les clauses sociales ont été vues comme un obstacle à la libre circulation un certain temps.

Actualité très récente oblige, il faut noter qu'une réforme⁹ des marchés publics est entrée en vigueur le 30 juin 2017, il n'y a, à l'heure de la rédaction de ce mémoire que très peu de sources doctrinales ou jurisprudentielles qui prennent en compte cette réforme. Il sera donc aussi fait référence à l'ancien régime des marchés publics. Ses conséquences ne semblent pas dramatiques vis-à-vis de l'introduction et de l'exécution des clauses sociales, au contraire, nous

⁶ M. Martens et R. Dugailliez, « Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics : Opportunités et perspectives », Bruxelles environnement, 2006, disponible sur :

http://www.environnement.brussels/sites/default/files/user_files/art_etopia_stimuler_performances_fr.pdf

⁷ Taux de 14% aussi pour l'U.E., source : AUDET, D., KLEITZ, A. (Dir.), La taille des marchés publics, Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire, Vol. 1, n°4, p36. On parle même de 16% en 2009 : Ph. Flamme *et al.*, *Les marchés publics européens et belges, L'irrésistible européanisation du droit des commandes publiques*, 2nd édition, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 9.

⁸ C.J.U.E. 17 juillet 2003 (Altmark) C-280/00 : attribution d'aides d'Etat dans le cadre d'une concession de services publics réalisée par une entreprise privée, marché public indirect, aide d'Etat non déclarée à la commission, contournement des exigences de publicité.

⁹ Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et son A.R. du 18 avril 2017 relatif à l'exécution des marchés publics dans les secteurs classiques. Un A.R. du 22 juin 2017 modifie celui du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

verrons que la loi renforce les critères sociaux, environnementaux et éthiques. Cette réforme ajoute un principe intéressant à ceux – déjà présents – de concurrence et de transparence dans la loi des marchés publics, le principe de respect du droit national environnemental, social et du travail qui se trouve à l'article 7 de la nouvelle loi MP.

Section 2 – Champ d'application

On reconnaît généralement un champ d'application très large¹⁰ au concept de marché public, il est question de contrats passés par l'Etat, mais l'on verra que très souvent, une acceptation large de la notion d'Etat est adoptée, reprenant des organes parastataux jusqu'aux plus petites A.S.B.L. En son article 2, la loi du 15 juin 2006 reprend une liste des entités soumises à la législation des marchés publics, c'est un indice de cette conception large de l'Etat.

La législation « marchés publics » s'applique *ratione personae* aux pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2.1° de la Loi du 15 juin 2006¹¹ ainsi qu'aux organismes de droit public et aux personnes de droit privés repris dans un Arrêté Royal¹², pris à cet effet. Cette législation s'applique *ratione materiae* aux marchés publics définis à l'article 3 du même arrêté royal.

La législation belge en la matière est la transposition des directives « marchés publics » de l'U.E. (dir. 2004/18/CE puis 2014/24/CE) prises sur base des articles 53 § 1, 62 et 114 du T.F.U.E.

La plus notable des conséquences de l'influence du droit européen fut d'interdire à l'administration de choisir arbitrairement son cocontractant, ce en vertu des libertés économiques instaurées par les traités européens comme la libre circulation des marchandises (28 TFUE), le libre droit d'établissement (49 TFUE), la libre prestation des services (56 TFUE) et des principes fondamentaux tels que la non-discrimination, la transparence et la proportionnalité, repris notamment par la plus récente charte des droits fondamentaux de l'UE.

Cette tendance ne se limite pas aux marchés publics mais déteint sur tous les contrats de l'administration – comme la concession de service public – en vertu du principe d'égalité repris aux articles 10 et 11 de la constitution¹³.

¹⁰ C.J.U.E. 20 septembre 1988 (Beentjes) C-31/87, §§10-13

¹¹ Art. 12, Loi du 15 Juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* 15 février 2007

¹² Art.4, A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (annexe 1)

¹³ Règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission du 24 novembre 2015 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les

Section 3 – Publicité

Dans un souci de transparence et d'égalité, notamment avec des prestataires situés en dehors du pays de l'autorité adjudicatrice, l'Union Européenne a édicté une série de règlements pour s'assurer d'une publicité de certaines catégories de marchés publics, souvent en fonction d'un montant minimum exprimé en euros.

§ 1 – Publicité nationale, européenne ou pas du tout ?

Selon les montants, les pouvoirs adjudicateurs en quête d'un soumissionnaire publieront leurs avis de marché au niveau belge (au Bulletin des adjudications) uniquement, ou belge et européen (Annexes au Journal Officiel de l'U.E. – *J.O.*). Cette publicité se fait dans l'esprit de concurrence des marchés publics induit par les directives et règlements européens. Il va de soi que si publication est faite au niveau européen, elle doit être exactement la même qu'au niveau national¹⁴.

Le droit belge prévoit un mode de passation sans publicité, devant être dûment motivé, la procédure négociée sans publicité (*cf. infra*. Section 4, §2, d), c'est une exception à la règle générale de publicité des MP.

Les exigences de publicité ne sont pas les mêmes pour tous les marchés, effectivement on voit mal l'utilité de faire une publicité européenne ou même nationale pour un marché d'une somme insignifiante.

Les seuils européens de publication sont contenus dans le règlement 1251/2011 modifiant les directives 17 et 18/2004 ainsi que 2009/81. Ils sont revus tous les deux ans conformément à l'article 6 de la directive 2014/24, ceux applicables depuis le 1^{er} janvier 2016 sont les suivants¹⁵ :

1. Marchés de travaux

Niveau belge	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spécial

procédures de passation des marchés, *cité par* : F. Tulkens *et al.*, « l'administration en action : le régime des actes administratifs », *Syllabus de droit administratif*, Université Saint-Louis, partie 4, 2004, p. 57

¹⁴ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP*, Kluwer, Bruxelles, 2016, p. 289

¹⁵ Source : B. Lombaert, « Les nouveaux seuils européens des marchés publics à partir du 1er janvier 2016 », *actualités et publication*, LexGo, 2015, disponible sur : www.lexgo.be/fr/articles/droit-public-et-administratif/marches-publics (consulté en juillet 2017)

Publication obligatoire au Bulletin des Adjudications	Montant estimé inférieur à 5.225.000 EUR (hors TVA)	Montant estimé inférieur à 5.225.000 EUR (hors TVA)	(pas d'obligation)
---	--	--	--------------------

Niveau européen	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spéciale
Publication obligatoire au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications	Montant estimé égal ou supérieur à 5.225.000 EUR (hors TVA)	Montant estimé égal ou supérieur à 5.225.000 EUR (hors TVA)	Montant estimé égal ou supérieur à 5.225.000 EUR (hors TVA)

2. Marchés de fournitures

Niveau belge	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spécial
Publication obligatoire au Bulletin des Adjudications	Montant estimé inférieur à 209.000 EUR (hors TVA) ³	Montant estimé inférieur à 418.000 EUR (hors TVA)	(pas d'obligation)

Niveau européen	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spécial
Publication obligatoire au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications	Montant estimé égal ou supérieur à 209.000 EUR (hors TVA) ⁴	Montant estimé égal ou supérieurs à 418.000 EUR (hors TVA)	Montant estimé égal ou supérieur à 418.000 EUR (hors TVA)

3. Marchés de services

Niveau belge	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spécial
Publication obligatoire au Bulletin des Adjudications	Montant estimé inférieur à 209.000 EUR (hors TVA) ⁵	Montant estimé inférieur à 418.000 EUR (hors TVA)	

Niveau européen	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	
		Secteurs spéciaux soumis à un régime ordinaire	Secteurs spéciaux soumis à un régime spécial
Publication obligatoire au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications	Montant estimé égal ou supérieur à 209.000 EUR (hors TVA) ⁶	Montant estimé égal ou supérieur à 418.000 EUR (hors TVA)	Montant estimé égal ou supérieur à 418.000 EUR (hors TVA)

§ 2 – Avis de marché

Il s'agit de la publication obligatoire faite, selon les cas au *Bulletin des adjudications* et/ou au *Journal Officiel de l'Union européenne (J.O.)*, afin de présenter le marché public aux potentiels soumissionnaires intéressés. Cet avis doit être clair, précis et mentionner toutes les données nécessaires et disponibles afin que les soumissionnaires candidats puissent faire les offres les plus adéquates possibles. C'est déjà à ce stade-ci que les éventuelles clauses sociales doivent figurer.

Ces avis sont publiés au niveau européen et belge lorsqu'ils dépassent les seuils européens (*cf. supra*) et uniquement au niveau belge lorsqu'ils sont en deçà de ceux-ci, sauf dans le cas exceptionnel de la procédure négociée sans publicité¹⁶. Nous verrons par la suite que des « petits » marchés sous un certain seuil (30.000) n'en nécessitent pas du tout. L'obligation de publication au niveau européen, et donc la possibilité pour des acteurs étrangers de participer à un marché belge aura des répercussions sur l'application concrète des clauses, qui ne peuvent sous aucun prétexte les exclure.

Dans un souci de facilité pour les pouvoirs adjudicateurs, n'ayant pas toujours les capacités juridiques de bien dresser leurs avis, des formulaires-types sont disponibles en annexe de l'arrêté royal¹⁷ de 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques¹⁸.

Section 4 – Mode de passation des marchés publics

Nous allons ici décrire comment fonctionnent concrètement les marchés publics lorsque le pouvoir adjudicateur doit choisir parmi les offres, il s'agit de la passation, il en existe plusieurs modes. Il est nécessaire de les évoquer afin de comprendre quels modes conviennent le mieux à l'insertion d'une clause sociale ainsi que, quand et comment elle s'y logera.

Les pouvoirs adjudicateurs ont un large éventail de possibilités pour attribuer leurs marchés publics, de l'adjudication à la procédure négociée, en passant par l'appel d'offre ou le dialogue compétitif. Les procédures seront, selon les cas, à tendance ouvertes ou restreintes, selon l'ouverture ou non à tout un chacun¹⁹. En Belgique, la loi n'impose pas aux adjudicateurs de

¹⁶ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PP, op.cit.*, p. 299

¹⁷ Annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011 – version consolidée au 1er janvier 2016
, *M.B.* 09 août 2011 – version consolidée au 1er janvier 2016

¹⁹ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PP, op. cit.*, p. 371

choisir une procédure plutôt qu'une autre, elles sont libres de choisir sans même devoir motiver ce choix²⁰, ce qui n'est pas le cas en France par exemple²¹.

Quant aux directives européennes, elles classaient jusqu'en 2014 les moyens de passation entre ceux attribuant le marché public à l'offre ayant le prix le plus bas (au *moins* disant) ou, celle qui est économiquement la plus avantageuse (au *mieux* disant). On peut déjà apercevoir à ce stade-ci que la seconde possibilité semble être la plus appropriée pour apprécier le rapport qualité/prix et pour faire passer des critères sociaux dans la procédure de choix de l'adjudicataire final²². Le critère uniquement basé sur le prix fut au final abandonné et les modes de passation réorganisés.

§ 1 – Procédures ouvertes ou restreintes

Les modes de passation se distinguent selon leur caractère ouvert ou restreint. Il convient néanmoins de noter d'emblée qu'avec la réforme, ces deux types de procédures deviennent des modes de passation à part entière, remplaçant l'adjudication et l'appel d'offre. Une introduction aux deux différentes phases au sein de la procédure de passation se doit d'être faite afin de comprendre la différence entre les procédures ouvertes et restreintes.

Il y a tout d'abord une **phase de sélection qualitative** qui consiste à vérifier si les candidats au marché public répondent aux critères de sélection et d'exécution, il s'agit des critères relatifs à « la capacité des candidats à exécuter le marché »²³ tels que leur stabilité économique ou leur absence de dettes vis-à-vis de l'Etat. Ensuite nous avons la **phase d'attribution** où le pouvoir adjudicateur porte son attention sur les qualités intrinsèques aux offres qui lui sont soumises, et non plus aux qualités des candidats. Un pouvoir adjudicateur confondant les critères de sélection et ceux d'attribution commettrait un excès de pouvoir pouvant mener à l'annulation de la décision d'attribution²⁴.

La **procédure ouverte**, telle que définie par l'article 3, 5° de la loi du 15 juin 2006, est celle où tout un chacun peut déposer une offre. Dans la procédure ouverte les deux phases sont traitées de manière simultanée mais distinctement, une seule décision motivée est rendue, faisant le

²⁰ C.E. 18 juin 1997, n°66.868

²¹ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP*, op. cit., p. 372 ; C.E. (fr) 6 avril 2007, *Département de l'Isère*

²² Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », 2001/C 333/08, *J.O.*, 28 novembre 2001, §§ 44-45

²³ F. Tulkens *et al.*, « l'administration en action : le régime des actes administratifs », *Syllabus de droit administratif*, IV, Université Saint-Louis, 2014-2015., p. 72

²⁴ C.E. 8 juin 2009, n°193.924, cité par : F. Tulkens, *op cit*, p72

distinguo entre les deux phases. Nous retrouvons parmi les procédures ouvertes l'adjudication publique, l'appel d'offre général et la procédure négociée avec publicité.

La **procédure restreinte** telle que définie par l'article 3,6° de la loi du 15 juin 2006, est celle où les phases ne sont pas traitées simultanément. Les candidats commencent par uniquement déposer un dossier faisant état de leurs caractéristiques en répondant aux critères de sélection de l'avis de marché, lesquels auront préalablement été présentés et expliqués. Une véritable sélection qualitative aura lieu afin de classer les candidats selon leurs aptitudes à répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur. La décision évinçant un candidat est un acte administratif devant être motivé et les motifs doivent être communiqués à ce dernier²⁵.

Ce sera dans un deuxième temps que les candidats seront amenés à déposer une offre, s'ils n'ont pas déjà été évincés au stade de la sélection qualitative. Interviendra finalement un second acte administratif portant sur le choix final d'un prestataire pour le marché public de l'autorité adjudicatrice²⁶.

Nous retrouvons parmi les procédures restreintes l'adjudication restreinte, l'appel d'offre restreint et la procédure négociée qui se déroule en principe toujours sur le schéma de la procédure restreinte.

§ 2 – Procédures de passation d'un marché public

Il en existe cinq dont une récemment introduite :

- a) L'adjudication²⁷ (art. 24 de la Loi du 15 juin 2006, remplacé par la réforme)

Fut un des modes les plus simples de passation, il consistait à attribuer le marché au candidat ayant fait l'offre la moins chère, on parlait d'attribution au *moins disant*. L'autorité adjudicatrice devait prendre en considération les critères de sélection du cahier des charges tels que précédemment énumérés, afin d'écartier les candidats suspectés d'irrégularités.

On note que l'autorité avait dans un cas pareil une compétence en partie liée dès lors que son choix devait se baser sur le prix qui est un élément plutôt objectif, dès lors le soumissionnaire

²⁵ Art. 4,5° et 7§ 1er de la loi du 17 juin 2013 relative à relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. *M.B. 21 juin 2013*

²⁶ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP, op. cit.*, p. 373

²⁷ *Ibid.*, p. 374

irrégulièrement évincé disposait d'une indemnité forfaitaire²⁸ fixée par la loi (art.24 de la loi du 15 juin 2006).

Suite à la réforme de 2016 entrée en vigueur le 30 juin 2017 ce mode a disparu, on parle de « procédure ouverte » ou de « procédure restreinte » selon le caractère du mode de passation.

b) L'appel d'offre²⁹ (aussi remplacé suite à la réforme)

L'appel d'offre, général ou restreint, menait à l'attribution du marché au soumissionnaire ayant déposé l'offre la plus intéressante du point de vue économique, il s'agissait donc d'un mode d'attribution au *mieux disant* contrairement au mode précédemment exposé.

C'est au niveau de la phase d'attribution que se situait la spécificité de ce mode de passation, toute la difficulté reposait en la détermination de ce « mieux disant », un choix fort subjectif. Il est en effet question de la prise en compte d'éléments non purement liés au prix dans ce mode de passation, mais d'autres critères tels que la qualité des travaux, des garanties ou des *considérations environnementales ou sociales*³⁰. Les critères d'appréciation nécessitaient d'être inscrits de manière précise et univoque dans le cahier des charges dans un but tant de transparence que d'efficacité. (art.25 de la loi du 15 juin 2006 qui énonce d'ailleurs ces critères dont « les considérations d'ordre social »). L'établissement d'une hiérarchie entre les critères fut aussi permis.

Nous verrons plus tard que la clause sociale est le sujet d'une controverse quant à son statut. D'ailleurs, dans les marchés dont le montant dépasse les seuils européens de publication, il est même obligatoire de pondérer les critères d'attribution mentionnés dans l'appel d'offre. Mais si rien n'est mentionné on considère qu'ils sont tous sur un pied d'égalité (art. 3 de la loi du 15 juin 2006). La mention d'une hiérarchie entre les critères doit bien entendu avoir été faite avant le dépôt des offres.

L'acte administratif établissant le choix du soumissionnaire doit aussi faire l'objet d'une motivation étant donné son caractère particulièrement subjectif au vu des critères retenus (art. 4,8° et 5,9° de la loi du 15 juin 2006). Contrairement au cas de l'adjudication où la compétence

²⁸ 10 % du montant de son offre

²⁹ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP*, op. cit., p. 376

³⁰ F. Tulkens, « Marchés publics et objectifs environnementaux, du vieux pieux à la consécration normative », *entr. et dr.*, 2005, 4, pp.309-320 ; *ainsi que* : N. François, « La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics, essai sur la prise en compte de considérations d'ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et d'attribution des marchés publics », *C.D.P.K.*, 2009, 4, pp. 621 et s.

est quasi liée dans le chef de l'autorité, il n'y a pas de droit subjectif à être sélectionné ni d'indemnité forfaitaire dans le chef des candidats, puisque le prix n'est pas le seul élément du choix. Les soumissionnaires pourront tout au mieux contester la perte d'une chance auprès d'un juge civil qui tiendra compte de la chance qu'avait le soumissionnaire déçu d'obtenir le marché³¹.

Suite à la réforme de 2016 entrée en vigueur le 30 juin 2017 on parlera de « procédure ouverte » ou de « procédure restreinte » selon le caractère de l'appel d'offre.

c) La procédure négociée (subsiste dans la récente réforme, art. 41 et s. Loi 2016)

Dans ce mode de passation c'est l'adjudicateur qui prend la main en consultant elle-même de potentiels candidats et négocie directement avec ceux-ci. On comprend immédiatement que cela peut sembler suspect dans le climat actuel de défiance face à la corruption et au népotisme. Ce mode reste néanmoins largement préféré des administrations tant il répond bien aux besoins spécifiques ou urgents de ces dernières, il y a un réel avantage en termes d'efficacité économique. Ce mode est néanmoins très limitativement règlementé par la loi afin d'éviter les abus de pouvoirs. Les hypothèses permettant ce mode de passation sont énumérées aux paragraphes premier et second de l'article 26 de la loi du 15 juin 2006, repris dans les articles 41 et s. de la nouvelle loi.

Le recours à ce mode est exceptionnel et doit être expressément motivé par l'administration qui doit expliquer en quoi ce choix est nécessaire et quels sont les recours possibles. (art. 4,1° et 5,2° de la loi du 17 juin 2013). Cet article est de stricte interprétation et déroge au principe selon lequel l'administration peut choisir librement son mode de passation, ceci pour des raisons évidentes de risque d'abus car on déroge aux règles classiques en termes de concurrence et parfois même de publicité³².

Dans les secteurs spéciaux (énergie, transports ou courrier) la procédure négociée est au même niveau que les autres lorsqu'elle est faite avec publicité, et ne requiert ainsi pas une motivation particulière. En revanche, si elle est faite sans publicité, une motivation est requise, car il y a dérogation au principe de concurrence³³.

L'intérêt de cette procédure négociée est de permettre à l'adjudicateur de directement mettre les considérations financières, techniques ou administratives sur la table lorsqu'il consulte les

³¹ F. Tulkens *et al.*, *Syllabus de droit administratif*, *op. cit.*, p. 75

³² P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP*, *op.cit.*, p. 381

³³ *Ibid.*, p. 381

soumissionnaires éventuels³⁴. Ce n'est pas possible dans le cas d'une adjudication ou d'un appel d'offre lesquels sont basés sur des critères plus formels ou objectifs, la loi interdit toute modification du contrat initial dans ces cas-là (art. 100 §3 et 101 §3 de l'AR du 15 juillet 2011).

Le recours à ce type de procédure a été facilité suite à la réforme de 2016 entrée en vigueur le 30 juin 2017 mais on parlera de «Procédure négociée avec/sans publication préalable» selon de le caractère public ou non de la négociation.

d) Le dialogue compétitif (subsiste avec la réforme, art. 39 et s. Loi 2016)

Cette procédure est prévue aux articles 3,9° et 27 de la loi du 15 juin 2006. Il s'agit de la « procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre »(art. 3,9°). Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à ce mode de passation que dans les hypothèses prévues par la loi (art. 27)

e) L'accord cadre (art.2, 35° et art.43 Loi 2016)

Il ne s'agit pas d'un mode de passation à proprement dit mais il semble intéressant de le mentionner car c'est un accord régissant les termes des marchés publics (futurs) à passer³⁵, on pourrait facilement en tirer avantage pour entériner l'usage d'une clause sociale.

f) Le partenariat d'innovation (art. 40 Loi 2016)

« Cette procédure permet au pouvoir adjudicateur de définir son besoin lorsqu'il ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché. Tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché en fournissant les informations nécessaires pour la sélection. » ³⁶
C'est une nouveauté de la loi du 17 juin 2016.

³⁴ F. Tulkens, *Syllabus de droit administratif, op.cit.*, p. 76

³⁵ G. Eryvn, « La réforme '2017' des marchés publics », *Présentation du 12 juillet 2017*, VDE Legal, disponible sur : http://www.vdelegal.be/wp-content/uploads/2017/07/La-reforme-2017-des-marches-publ-ics-PPT-GE-12-07_01576291.pdf (consulté en juillet 2017)

³⁶ Grauer L., « Nouvelle Loi Relative Aux Marchés Publics : Flash Sur Les Nouveautés », Actualités et publications, LexGo, 2017, disponible sur : www.lexgo.be/fr/articles/droit-public-et-administratif/

Section 5 – Recours ouverts aux soumissionnaires évincés

Il est important de rappeler que les soumissionnaires ont la possibilité d'introduire des recours contre les actes d'attribution, sans quoi l'infraction aux règles d'égalité et de concurrence, tout particulièrement, n'aurait pas de conséquences et les adjudicateurs pourraient agir en dépit des leurs obligations imposées par le droit européen.

Nous verrons l'application concrète de cette possibilité dans la partie II du présent mémoire, lorsque sera exposée la saga des arrêts de la CJUE relative aux clauses sociales (le cas *Rüffert* notamment) où des soumissionnaires évincés profitent de l'opportunité de pouvoir faire des recours contre les actes administratifs d'attribution pour les faire déclarer contraire au droit européen en raison de clauses sociales mal formulées.

La consécration de la protection des soumissionnaires peut se trouver dans la Loi du 17 juin 2013³⁷ qui pose un cadre légal de protection juridictionnelle à leur égard, bien plus solide qu'auparavant.³⁸ La loi impose entre autres au pouvoir adjudicateur de motiver de nombreux actes comme le choix de recourir à une procédure négociée sans publicité, le choix des candidats ou l'attribution du marché.³⁹ Elle contient aussi de nombreuses dispositions relatives au droit d'information des soumissionnaires, afin que ceux-ci puissent déposer les offres les plus pertinentes possibles et qu'il n'y ait pas de favoritisme de la part de l'adjudicateur (art. 7). Pour finir, elle crée un délai d'attente très important entre l'attribution et la conclusion du contrat afin que les soumissionnaires évincés aient le temps de déposer un recours effectif, il est à noter que bien souvent le but de ces recours et de se voir attribuer le marché dans une nouvelle procédure de passation et non pas d'obtenir des dommages et intérêts, ce qui est la seule chose que permettrait un recours portant ses fruits après que l'administration ait déjà conclu le contrat.⁴⁰ S'il venait à l'idée au pouvoir adjudicateur de passer en force avant l'expiration de ce délai incompressible de 15 jours, le Conseil d'Etat pourrait suspendre l'exécution du contrat (art. 13).

³⁷ Loi du 17 juin 2013 relative à relative à relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. M.B. 28 juin 2013. Texte coordonné au 20 décembre 2013 ; tel que modifié par la loi du 4 décembre 2013, M.B. 20 décembre 2013

³⁸ F. Tulkens, *Syllabus de droit administratif, op.cit.*, p. 81

³⁹ *Ibid.*, p. 83

⁴⁰ *Ibid.*, p. 85

La juridiction compétente en cas de litige sera le Conseil d'Etat quand l'adjudicateur est une autorité administrative, faute de quoi ce seront les tribunaux civils (art. 24), le forum shopping qui existait jusque-là, n'est plus permis.⁴¹

Dans la dernière loi relative aux marchés publics de 2016, il existe des articles relatifs aux voies de recours à côté de chaque mode de passation des marchés, afin de répondre à leurs spécificités propres de technicité et de délais.

Chapitre 2 : Qu'est-ce qu'une clause sociale ?

Maintenant que nous avons décrit brièvement les marchés publics dans lesquels les clauses sociales s'inscrivent, nous pouvons entrer dans le détail des celles-ci.

Bien que le but primaire des marchés publics soit de procurer des biens et services aux autorités publiques ou leurs organes proches ou lointains, il est possible de leur attribuer une finalité sociale via un assortiment de clauses sociales.

Les clauses sociales furent un concept qui émergea dans l'après Seconde guerre mondiale. De nombreux marchés publics étaient attribués dans l'Europe en pleine reconstruction et cela faisait partie de l'approche keynésienne que nous avons précédemment décrite. Les clauses ont pour objet de rediriger les effets des marchés publics dans la direction d'un progrès social.

L'idée d'adjoindre des clauses nouvelles aux marchés publics afin de faire profiter de leurs effets à certains secteurs n'est pas propre au droit social. La doctrine distingue une catégorie que l'on pourrait nommer « les considérations sociales, éthiques et environnementales ». Malgré que l'objet de ce mémoire porte exclusivement sur la clause sociale, il est nécessaire de mentionner les clauses voisines dès lors que ces clauses sont souvent étudiées ensemble par la doctrine⁴² et que leurs conditions d'utilisation dans les marchés publics sont extrêmement similaires. Comme le note Jacques Noël, ces clauses ont pour caractéristique commune de s'éloigner du caractère instrumental du marché public.⁴³

Les clauses sociales apparaissent dans le droit international avec l'adoption de la Convention N°94 de l'organisation internationale du travail en 1948, intitulée comme suit : « Convention

⁴¹ *Ibid.*, p. 86

⁴² ARROWSMITH, KUNZLIK, P., *Social and environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁴³ J. Noël, « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, 2001, p. 876

concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique » qui entrera en vigueur le 20 septembre 1952.

C'est particulièrement dans les années quatre-vingt qu'elles furent l'objet de controverses, et ce particulièrement face au droit européen et ses libertés économiques. C'est par un arrêt rendu en 1988 (Beentjes, *cf. infra*) que leur principe même fut reconnu par la Cour de Justice, dans la mesure où elles ne limitent pas le choix de l'autorité sur un critère de nationalité, tel que prohibé par les traités et leur règle fondamentale de non-discrimination⁴⁴.

Il sera aussi indirectement question de dumping social, car la clause sociale est un bon outil « anti dumping » lorsqu'elle impose aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants de payer un salaire minimal, ces derniers offrent souvent des tarifs défilants toute concurrence grâce à l'emploi de travailleurs étrangers sous-payés.

Section 1 – Définition

P. Thiel définit la clause sociale comme suit : « La clause sociale a pour objectif de promouvoir, au travers d'un marché public l'emploi et la formation au profit de personnes défavorisées »⁴⁵, c'est extrêmement restrictif, l'aspect relatif aux conditions de travail est totalement occulté. Selon J. Noel, « ce type de clause concerne essentiellement les marchés publics de travaux d'une certaine durée et accessoirement quelques marchés publics de services tels, par exemple, ceux de restauration ou relatifs à l'entretien de parcs et jardins »⁴⁶.

Ce que l'on voit déjà émerger comme élément est qu'elle a pour but d'améliorer la condition sociale de personnes potentiellement défavorisées qui nécessitent une certaine aide de l'Etat, en les formant ou en les insérant dans divers secteurs d'activités. L'idée de base est de profiter du marché public pour, à travers la clause sociale, créer des effets socialement positifs au lieu de simplement faire tourner une quelconque entreprise.

On distingue plusieurs catégories parmi ces clauses sociales :

⁴⁴ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP, op.cit.*, , p. 877

⁴⁵ *Ibid.*, p. 874

⁴⁶ Noel (J.), « Étude relative à la possibilité d'introduire par la voie réglementaire ou administrative, une clause sociale dans les marchés publics des différents pouvoirs adjudicateurs en Belgique », *A.P.T.*, 2000/1, p. 3, 2000.

Il y a tout d'abord celles qui promeuvent l'achèvement de formations sur chantiers dans le domaine de la construction, elles sont à destination de profils à risque tels que des demandeurs d'emploi⁴⁷

Il y en a aussi qui tendent à l'insertion dans le monde du travail de personnes déjà qualifiées (résorption du chômage), d'autres visent à la protection de groupes sociaux défavorisés⁴⁸, notamment en faisant la promotion d'ateliers spécialisés ou d'entreprises à caractère social⁴⁹. Enfin, il y a celles qui visent à établir de bonnes conditions de travail (salariales principalement), non énoncées dans les définitions de P. Thiel et J. Noël, nous verrons qu'elles sont plus que les autres sujettes à une certaine controverse.

On voit apparaître des clauses sociales dans de nombreux domaines tels que la construction ou la prestation de services où un objectif dit « de formation » est par exemple facile à insérer dans le cahier de charges. Il peut aussi être question d'assurer certains droits minimaux aux travailleurs employés car l'autorité publique ne souhaiterait pas investir ses deniers dans un projet faisant travailler des personnes sous les conditions minimales qui seraient normalement applicables, dans le secteur privé de la même zone géographique par exemple.

Concrètement on peut ramener les ambitions de la clause sociale sur deux ou trois volets : l'embauche de personnel difficile à réinsérer sur le marché du travail et la formation de personnes inactives⁵⁰, sans oublier le respect de conditions minimales de travail.

Malgré qu'elles soient souvent traitées ensemble dans la doctrine, il ne faut pas confondre la clause sociale avec la clause éthique, qui porte sur des considérations du type « respect des droits de l'homme » ni avec la clause environnementale qui comme son nom l'indique s'intéresse plus à l'environnement. Il semble toutefois judicieux de mener le combat pour leur insertion dans les marchés publics de manière simultanée.

Il ne faut pas non plus confondre « clause sociale » et « charge sociale »⁵¹. La Cour de Justice⁵² a admis l'imposition d'une charge sociale lors de l'octroi de permis de bâtir ou de lotir pour

⁴⁷ J. Noel, « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux, un arrêt étonnant de la Cour de Justice des communautés européennes » J.T., 2001, pp

⁴⁸ P. Thiel, *Mémento des Marchés publics et PPP*, op. cit., p. 876

⁴⁹ J. Noel, « Étude relative à la possibilité d'introduire par la voie réglementaire ou administrative, une clause sociale dans les marchés publics des différents pouvoirs adjudicateurs en Belgique », op.cit., p. 3

⁵⁰ M. Martens et R. Dugailliez, op. cit, 2006.

⁵¹ C.C. 7 novembre 2013, n° 145/2013 : en l'espèce la charge sociale consistait à allouer une part des habitations construites à des logements sociaux, afin d'obtenir le permis de bâtir en région flamande.

⁵² C.J.U.E. 8 mai 2013, C-197/11, § 69

autant que ladite réglementation soit nécessaire et appropriée à la réalisation de l'objectif visé (*in casu* de loger une catégorie défavorisée de la population)

Il n'y a aujourd'hui plus de réel débat sur l'existence de la clause sociale en elle-même dès lors que de nombreuses dispositions l'ont introduite dans le droit positif, c'est plutôt au niveau de sa mise en œuvre que le débat s'est déplacé.

C'est dans les avis de marchés (*cf.* chapitre 1 relatif aux marchés publics) que les clauses sont insérées et portées à la connaissance des entreprises candidates, elles devront au surplus être explicitées dans le cahier spécial des charges⁵³. Dans son arrêt « Nord-pas-de-Calais » la Cour de Justice exclut le simple renvoi à une législation et exige que la clause sociale soit « explicitement mentionnée dans l'avis de marché »⁵⁴.

Section 2 – Provenance des clauses sociales

§ 1 - Impulsion de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)

Tel qu'énoncé précédemment, les clauses sociales répondaient à un besoin de rediriger les nombreux marchés publics de l'après-guerre dans les années quarante et cinquante.

C'est l'OIT qui a lancé le concept des clauses sociales via sa convention n°94. L'article 2 de la conv.94 de l'O.I.T., décrit les clauses sociales comme « garantissant aux travailleurs intéressés des salaires (y compris les allocations), une durée du travail et d'autres conditions de travail qui ne soient pas moins favorables que les conditions établies pour un travail de même nature dans la profession ou l'industrie intéressée de la même région ».

Les conventions de l'O.I.T. sont contraignantes envers les Etats membres de l'organisation les ayant ratifiées, à l'exception des conventions dites « fondamentales » qui sont contraignantes envers tous les membres de l'organisation. Cela peut mener à des problèmes de coexistence avec d'autres obligations internationales. Nous le verrons particulièrement entre les traités européens et ces conventions dans la partie 2 du présent mémoire.

Presque tous les Etats membres de l'Union européenne ont ratifié la convention relative aux clauses sociales, à l'exception notable de l'Allemagne mais aussi du Royaume-Uni, qui lui a dénoncé la convention dans les années Thatcher.

⁵³ P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p.882

⁵⁴ C.J.U.E., 26 septembre 2006 (NPDC) §§ 31 et 36

§ 2 - En droit européen

Originellement, le droit européen n'en faisait pas mention, la clause sociale est pour la première fois énoncée dans l'arrêt *Beentjes* de la Cour de Justice en 1988 et les considérants de la directive unifiée relative aux marchés publics (ci-après MP) de 2004.

Extrait arrêt Beentjes : « la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché. »

Dans un premier temps nous avons une directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 « portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux » qui ne mentionne pas du tout les considérations sociales. La Cour a dû – dans l'arrêt *Beentjes* – mener une interprétation de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse pour accepter la clause sociale.

Dans un deuxième temps, elles sont indirectement mentionnées dans la directive unifiée *marchés publics* 2004/18/CE. Avant cette époque c'est surtout la doctrine et la jurisprudence qui traitaient de l'évolution et de la stabilisation du statut des clauses sociales.

C'est enfin dans la dernière directive 2014/24/CE qu'elles sont explicitement mentionnées dans les considérants et dans l'article relatif aux critères d'exécution, mais seulement mentionnées à titre d'exemple parmi les critères d'attribution.⁵⁵ (pour plus de précisions, *cf. infra*.)

§ 3 – En droit belge

La loi belge relative aux marchés publics fut modifiée dès 2003 pour permettre expressément l'insertion des clauses sociales dans les marchés publics. La loi fut modifiée pour permettre leur insertion au stade d'attribution ainsi que, en ce qui concerne les marchés sous les seuils de publication européenne, pour permettre la réservation des commandes à des entreprises d'économie sociale.⁵⁶

Suite à la dernière modification, la loi relative aux MP du 17 juin 2016⁵⁷, est encore plus favorable à leur égard et crée même un nouveau principe général d'attribution relatif au respect du droit social (art.7, *cf. infra*). Il s'agit là de la transposition de la dernière directive de 2014 en droit belge.

⁵⁵ P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP*, *op. cit.*, p. 880

⁵⁶ *Ibid.*, p. 881

⁵⁷ Qui est entrée en vigueur pour les secteurs classiques ce 30 juin 2017

Chapitre 3 : Un critère d'attribution des marchés publics ?

La question qui suscita la controverse au sein de la doctrine fut de savoir si la clause sociale devait être considérée au sein des attributions de marchés publics comme des conditions de sélection qualitatives (relatives au soumissionnaire), des conditions d'attribution (relatives au caractère de l'offre) ou comme des conditions d'exécution du marchés publics⁵⁸. C'est surtout en tant que condition d'attribution que cela a posé problème.

Section 1 – Conditions de sélection, d'attribution et d'exécution

Les phases présentes dans l'attribution d'un marché ont été présentées dans le chapitre précédent (*cf.* Partie 1 > Chapitre 1 > Section 4). La question de savoir à quel type de condition les clauses sociales s'apparentent est pertinente afin de savoir à quel stade celles-ci jouent un rôle : le stade de la sélection qualitative (lorsque la procédure de passation ne fusionne pas ces deux stades), celui de l'attribution ou uniquement lors de l'exécution ?

Cela a une incidence capitale sur l'**effectivité** de l'insertion des clauses sociales.

L'intérêt de la distinction entre ces types de conditions réside donc dans le moment où s'effectuera le contrôle par le pouvoir adjudicateur, comme nous l'avons dit : soit dès la sélection des candidats, ou plutôt lors de l'exécution du marché.

Par un critère de sélection qualitative (analyse du candidat, distinctement de son offre) on permet encore plus de marge de manœuvre dans le choix de l'autorité adjudicatrice, alors que si l'on retient la condition d'attribution, la sélection ne pourra porter que sur le caractère le plus économiquement intéressant de l'offre. Il existe deux sortes de critères de sélection, ceux dits « d'exclusion » et ceux relatifs à la capacité technique, financière et économique des candidats⁵⁹, ne permettant que très peu de prendre en compte des considérations d'ordre social. Les critères permettant l'*exclusion* de candidats au stade de la sélection qualitative sont limités et définis⁶⁰. En retenant le critère de sélection qualitative l'autorité adjudicatrice peut *exclure* un candidat pour avoir été condamné pour tout délit affectant la moralité professionnelle du candidat (3°). Une autre possibilité est l'exclusion pour « toute faute grave en matière professionnelle dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier » (4°). Tant que des critères relatifs au social ne se retrouvent pas dans les articles de

⁵⁸ *Ibid.*, p. 878

⁵⁹ N. François, « La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics, essai sur la prise en compte de considérations d'ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et d'attribution des marchés publics » C.D.P.K., 2009, 4, p. 625

⁶⁰ Art. 57 et s. de la directive 2014/24/CE

la directive on imagine difficilement une clause sociale intervenir en tant que telle au niveau de la sélection. Les seuls critères d'exclusion inscrits dans la loi⁶¹ qui peuvent servir les considérations sociales sont ceux relatifs au non-respect du paiement des cotisations ONSS ou la commission d'une faute grave « mettant en cause l'intégrité professionnelle » du candidat. Ces critères d'exclusion visent majoritairement les « négriers » opérant sur les chantiers de construction et tirant bénéfices de travail au noir ou très peu rémunéré.

Puis advient la *phase d'attribution*, une fois les candidats sélectionnés le pouvoir adjudicateur doit retenir une offre, ce sera en fonction du mieux disant ou du moins disant. Dans le premier cas on prend en compte l'offre « économiquement la plus avantageuse » telle que définie par l'article 53 de la directive 2004/18/CE. Les critères d'attribution concernent **l'offre**, pas le soumissionnaire. Le pouvoir d'adjudication a bien plus de liberté que quant aux critères de sélection, il peut les fixer sous réserve du respect des autres règles de droit européen notamment. Dans le cas du *moins disant*, on ne prend en compte que le prix.

Retenir le critère d'attribution mène à restreindre l'accès au marché public aux seules entreprises s'engageant dès le départ dans une démarche d'insertion (par exemple), ses détracteurs⁶² dénoncent un risque de non-respect du principe clé d'égalité entre les candidats.

Le terme *condition* renvoie à un minima. Par contre utiliser le terme *critère* renvoie à un classement des candidats, c'est particulièrement pertinent au niveau de l'attribution pour favoriser un candidat mettant en avant des considérations sociales dans son offre, cela peut permettre un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs de favoriser de tels candidats⁶³.

Quant aux *conditions d'exécution*, il s'agit d'exigences posées par le pouvoir adjudicateur quant à l'exécution et au déroulement du marché, une fois attribué. Retenir le critère d'exécution mène logiquement à un contrôle et une effectivité moindre, puisque le marché est déjà attribué, le soumissionnaire s'expose, au pire, à des pénalités financières et le mal est souvent déjà fait.

Il va sans dire que sélectionner dès le départ les candidats soumissionnaires sur base de leurs garanties à respecter la clause, par exemple en étant lié à un office pour l'emploi ou y ayant déjà fait appel, ne leur laisserait pas beaucoup de marge pour s'y soustraire. Dès lors qu'ils ne démontreraient pas avoir entrepris d'efforts pour répondre aux exigences sociales de l'autorité

⁶¹ Art. 67 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.* 14 juillet 2016

⁶² Au sein desquels, A-L. Durviaux ; voir aussi : les arguments de la décision du tribunal administratif de Strasbourg, 30 novembre 1999, *A.J.D.A.*, 2000, p.459-462

⁶³ N. François, *op.cit.*, p. 626

adjudicatrice, ils ne seraient pas sélectionnés. L'ancien mode de passation qu'était l'adjudication ne permettait pas de prendre en compte de telles préoccupations⁶⁴.

Les critères de sélection étant très limités et ceux d'exécution largement acceptés tant en doctrine qu'en jurisprudence, le débat portera principalement sur ceux d'attribution.

Dès lors que la législation sur les marchés publics est une transposition des directives et règlements européens, on ne saurait étudier la question du statut des clauses sociales sans porter une attention toute particulière à celles-ci et aux décisions de la CJUE quant à leur application.

Section 2 – Position de la CJUE sur le statut des clauses sociales Condition d'exécution ou d'attribution, quel choix pour les adjudicateurs ?

§ 1 - Une condition d'exécution

Dans un premier temps la Commission était fortement défavorable⁶⁵ aux clauses sociales. En effet, elle ne concevait pas que celles-ci puissent exister sans enfreindre les principes de liberté économique de l'union et restreindre l'accès aux marchés publics aux nationaux.

Dans son arrêt *Beentjes* de 1988 la Cour de Justice (alors C.J.C.E.) s'est prononcée pour la toute première fois quant aux clauses sociales, elle va accepter le principe même de leur existence mais sous la stricte condition de ne pas indirectement réserver le marché à des nationaux, elles doivent pouvoir inclure des soumissionnaires d'autres Etats membres. La Cour accorde – en toute logique – une grande importance aux principes de non-discrimination basé sur la nationalité, de libre prestation des services et de libre circulation des biens et personnes.

La Cour semble se positionner contre l'hypothèse que les clauses sociales puissent être des conditions de sélection qualitative (état économique du candidat) ou qu'elles constitueraient des conditions d'attribution (valeur intrinsèque de l'offre face à des critères de la directives MP, tels que le prix). C'est de chœur avec la Commission⁶⁶ que la Cour de Justice a retenu la condition d'exécution du MP pour classer les clauses sociales. Ce fut longtemps la position dominante⁶⁷. Toutefois un arrêt⁶⁸ de 2000 semble indiquer un revirement de la jurisprudence et retenir comme critère la condition d'attribution.

⁶⁴ P. Thiel, *Mémento des marchés publics et des PPP*, op. cit., p. 882

⁶⁵ J. Noël, op.cit., A.P.T., p. 2

⁶⁶ Commission Européenne, « livre vert – les marchés publics dans l'Union Européenne, pistes de réflexion pour l'avenir », COM (1996) 583, 27 novembre 1996, points 5.42 et 5.43

⁶⁷ A-L. Durviaux, *Les marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Kluwer, 2001, p.67 ; Ainsi que : M. Martens et R. Dugailliez, op. cit, p. 8

⁶⁸ C.J.U.E. 26 septembre 2000 (Nord pas de Calais) C-225/98

§ 2 – Condition d’attribution

Cet arrêt de 2000 (« *Nord pas de Calais* » C-225/98, ci-après « *NPDC* ») renforce indéniablement le rôle et la position des clauses sociales dans les marchés publics. Si l’on s’en tient à l’ancienne position majoritaire qui retient le critère d’exécution, les pouvoirs adjudicateurs se retrouvaient fort démunis pour faire appliquer ces clauses sociales, l’adjudicataire défaillant risquerait tout au plus de simples pénalités⁶⁹.

Dans cet arrêt la Cour tranche la controverse sur le statut de l’emploi de chômeurs comme clause d’un marché public et opte pour la solution du critère d’attribution, tout en l’assortissant des critères à respecter⁷⁰ :

- a) Le respect des principes fondamentaux du droit communautaire (égalité de traitement entre les soumissionnaires, ne pas en privilégier certains ni restreindre l’accès au marché pour les entreprises d’autres Etats membres, §50 de l’arrêt)
- b) Être expressément mentionné dans l’avis de marché (§ 51)

L’argument de la Cour de Justice se base sur le fait que l’article de la directive relatif aux conditions d’attribution ne présenterait pas un caractère exhaustif et que d’autres éléments peuvent dès lors être pris en considération (art. 30 §1 dir. 93/37). Certains auteurs⁷¹ semblent déduire un caractère additionnel à la condition d’attribution. Ce n’est pas l’avis de N. François qui souligne qu’à aucun moment la Cour ne fait mention de cela dans son jugement, certes le cahier des charges mentionne le terme « additionnel » mais cela n’influence en rien le jugement de la Cour.

La Cour dans son arrêt *Beentjes* de 1988 avait confirmé le statut de condition d’exécution de la clause sociale qui lui était présentée car la question est ainsi formulée, mais n’a jamais tranché en faveur de la condition d’exécution ou d’attribution⁷². Il s’agissait plus d’une analyse de conformité d’un critère d’exécution à la directive que d’imposer tel ou tel type de critère à la

⁶⁹ P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP*, op. cit., p. 880 ; note : *Attention suite à la réforme entrée en vigueur le 30 juin 2017 la procédure d’adjudication n’existe plus ainsi que celle de l’appel d’offre, on parle désormais de procédures « ouvertes ou restreintes ».*

⁷⁰ H. Pongerard-Payet, « le critère social exprès d’attribution, un cadeau en trompe l’œil fait aux élus », *A.J.D.A.*, 2006, liv. 12, p.638

⁷¹ P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP*, op.cit., p. 956 ; ainsi que : J. Noel, « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux, un arrêt étonnant de la Cour de Justice des communautés européennes » op.cit., p. 561

⁷² N. François, op.cit, p. 633

clause sociale. La jurisprudence « nord pas de calais » met un terme aux controverses quant à l'interprétation à donner au jugement de l'affaire « Beentjes ».

Comme le note H. Pongerard-Payet (fr.), le fait d'inscrire les clauses sociales dans la loi a pu s'avérer être un « cadeau en trompe l'œil » pour les pouvoirs publics. Ils ont été amenés à se croire totalement libres d'utiliser tel ou tel critère social, éthique ou environnemental, alors qu'en réalité ils encourent un réel risque de se faire recalés par les Cours et tribunaux. Les Cours et tribunaux français semblent d'ailleurs très hostiles aux clauses sociales et certains auteurs parlent d'une conception française du droit des marchés publics dans laquelle « l'achat public est avant tout un instrument de satisfaction des besoins de l'administration (...) dont la neutralité fondamentale s'oppose en principe à la prise en considération d'éléments externes à l'objet même du marché public ou aux besoins de l'acheteur public »⁷³. Ce n'est heureusement pour nos pouvoirs publics pas le cas en Belgique, mais on pourrait dès lors mieux comprendre la frilosité du droit européen envers un renforcement du statut des clauses sociales au vu du poids politique de la France. Il semble que le droit administratif français⁷⁴ soit plus un poids que les directives européennes pour l'insertion de clauses sociales et que les Cours françaises soient plus récalcitrantes que leur homologue européenne⁷⁵.

§ 3 – Confirmation du critère d'attribution par la jurisprudence de la CJUE

Malgré le fait que les prochains arrêts portent sur les clauses environnementales, leurs enseignements restent intéressants au point de vue de la classification parmi les critères d'attribution.

Dans l'arrêt *Concordia*, la Cour pose le principe que l'autorité adjudicatrice peut faire usage de critères d'attribution environnementaux car la directive ne dresse pas une liste exhaustive.

« 53. Il y a lieu de rappeler que l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 prévoit que les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour attribuer les marchés peuvent être, lorsque l'attribution se fait à l'offre la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question, tels que, notamment, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix.

54. Afin de déterminer si et dans quelles conditions le pouvoir adjudicateur peut, conformément audit article 36, paragraphe 1, sous a), prendre en considération des critères de nature écologique, il importe de constater, en premier lieu, que, ainsi qu'il ressort clairement du libellé de cette disposition et, notamment, de l'emploi de l'expression « par exemple », les critères pouvant être retenus à titre de critères d'attribution d'un marché public à

⁷³ H. Pongerard-Payet, *op.cit.*, p. 638

⁷⁴ *Ibid.*, p. 638 et C.J.U.E. 26 septembre 2000 (Nord pas de Calais) C-225/98

⁷⁵ J-D. Dreyfus, « Les principes d'égalité et de libre concurrence s'opposent-ils à tout régime préférentiel d'attribution des marchés ? », A.J.D.A., 2003, p. 897

l'offre économiquement la plus avantageuse ne sont pas énumérés de manière limitative (voir également, en ce sens, arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, point 35).⁷⁶ »

Elle précise par la suite que cet usage est fait sous deux réserves : garder un lien avec l'objet du marché (interprétation moins stricte que la Commission qui exige un lien *strict*) et ne pas offrir un choix totalement libre à l'autorité. Il va de soi que l'autorité doit aussi respecter les exigences de publicité et les principes de droit communautaire (jurisprudence *Beentjes*).

Dans l'arrêt « Commission contre République fédérale d'Allemagne »⁷⁷ du 10 avril 2003 la Commission reproche le choix d'une procédure négociée sans publicité sous prétexte qu'une seule entreprise savait répondre aux exigences écologiques posées par l'autorité adjudicatrice. Néanmoins des doutes sérieux subsistaient quant au caractère unique de cette entreprise et la Cour – tout en admettant l'usage de spécifications techniques comme condition d'attribution d'un marché – rappela à l'occasion de cet arrêt que la justification pour recourir à une procédure négociée sans publicité doit être solide car il y a un fort risque d'enfreindre le principe de concurrence et de non-discrimination, si chers à l'attribution des marchés publics. L'enseignement à tirer de cet arrêt est sans doute que si uniquement une entreprise venait à être contactée pour ses capacités à remplir une clause sociale, l'autorité doit être absolument sûre qu'elle est la seule avant de lancer une procédure sans publicité.

Dans l'arrêt⁷⁸ *Wienstrom* du 4 décembre 2003 la Cour revient sur le critère de proximité de la clause avec l'objet du marché. Il s'agissait d'une clause écologique d'un Land exigeant un certain taux d'énergie renouvelable dans l'offre de son fournisseur électrique, il est reproché au Land que cela aurait des répercussions discriminatoires envers d'autres fournisseurs pouvant tout aussi bien répondre à ces caractéristiques car elles sont très difficiles à démontrer. La Cour rappelle tout d'abord que l'autorité est libre de choisir les critères d'attribution et de les pondérer conformément à la directive, ce afin de déterminer l'offre la plus économiquement avantageuse (§39 de l'arrêt). Néanmoins, la clause portait sur la production d'électricité excédant la consommation même du Land, et pour cette raison, la Cour accepta l'argument de la Commission comme quoi l'objet du marché public est dépassé. Certains auteurs⁷⁹ y voient

⁷⁶ C.J.C.E., 17 septembre 2002 (Concordia Bus Finland) C-513/99, §§ 53-54

⁷⁷ C.J.C.E., 10 avril 2003, (Commission. c. RFA) C-20/01 et C-28/01

⁷⁸ C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG et Wienstrom), C-448/01

⁷⁹ M. Martens, « Milieuoverwegingen in overheidsopdrachten », *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2004-2003, Kluwer, p. 305

une contradiction avec l'arrêt Nord-Pas-De-Calais mais ce n'est pas le cas de N. François qui y voit la confirmation de l'interprétation large de la Cour envers l'objets desdits marchés⁸⁰.

Enfin dans un arrêt⁸¹ relatif au label *Max Havelaar* la Cour réitéra la possibilité d'insérer des considérations sociales dans les critères d'attribution à condition qu'elles aient un lien avec le marché et ouvra même la possibilité de viser des personnes autres que les utilisateurs ou les bénéficiaires⁸² du MP. Elle précisa qu'un label ne pouvait pas faire office de référence aux « spécifications techniques » dans l'état actuel du droit (condition de sélection). Faire référence à la politique sociale de l'entreprise ne rentre pas dans la liste exhaustive des critères de sélection de la directive (§§106-107 de l'arrêt et à l'époque, art 48 de la dir. 2004/14/CE), raison pour laquelle le label ne put être utilisé en tant que critère de sélection⁸³. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas à l'époque faire simplement référence à un label mais devait reprendre ses éléments de manière détaillée dans son cahier spécial de charges, afin de respecter le prescrit de transparence et informer les soumissionnaires de la meilleure manière. Cette insécurité juridique quant à la référence à des labels dans les avis de marché sera dissipée avec la directive de 2014 qui permet l'utilisation de label comme critères d'attribution.

Nous pouvons déduire de la jurisprudence de la Cour de Justice qu'en droit européen, il est admis d'user de considération sociales en tant que critère d'attribution à condition de respecter les principes fondamentaux du droit européen tels que celui de non-discrimination, d'avoir un lien avec le marché et d'être expressément mentionné dans l'avis de marché⁸⁴. La Cour n'impose en aucun cas de recourir à un critère d'attribution, de sélection ou d'exécution pour insérer des considérations sociales, tous peuvent être utilisés à des degrés différents en fonction de leurs caractéristiques. On dénote toutefois au travers de ces arrêts une approche très concurrentielle⁸⁵ du marché public dans le chef des juges européens, dont ils ont du mal à se détacher, même après le traité de Lisbonne qui instaure pourtant l'approche durable des marchés publics.

⁸⁰ N. François, *op. cit.*, p. 634

⁸¹ C.J.C.E., 10 mai 2012 (Commission c. Etat des Pays-Bas), C-368/10

⁸² A. Jaume, « Arrêt Max Havelaar : la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics », *J.D.E.*, n° 192, 8/2012, p. 249

⁸³ *Ibid.*, p. 251

⁸⁴ J-D. Dreyfus, *op.cit.*, p. 897

⁸⁵ A. Jaume, *op.cit.*, p. 251

Section 3 – Intervention du législateur européen

§ 1 – Directive « unifiée » marchés publics de 2004

Les clauses sociales se voient désormais officiellement entérinées dans le droit européen⁸⁶. Quant à son statut, la position de la directive 2004/18/CE peut se résumer à un mot, diront les plus pessimistes⁸⁷ : discrétion. La directive s'est bien gardée de mentionner la clause sociale dans les critères exprès d'attribution, alors que c'est le cas de la clause environnementale⁸⁸. Le législateur communautaire s'est contenté de placer la clause sociale parmi les critères d'exécution des marchés publics (art.26) et les considérations sociales ne sont mentionnées qu'aux considérants 1 et 46 de la directive⁸⁹.

1. « La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2. »
46. « Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre. (...) C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins — définis dans les spécifications du marché — propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché. »

Il convient de noter que la liste des critères d'attribution n'est toujours pas exhaustive tout comme dans la précédente directive 93/37 et qu'ils ne sont en effet ni explicitement prohibés ni autorisés. Le réel problème fut en fait de déterminer si les critères d'attribution devaient avoir un lien avec l'objet du marché, la Commission et le Conseil étant partisans d'un lien « strict » et le parlement d'aucun lien, cette directive fut en définitive un compromis⁹⁰ sur de nombreux points.

⁸⁶ J-L. MONZON, R. CHAVEZ « L'économie sociale dans l'Union européenne », Rapport d'information élaboré pour le Comité économique et social européen par le Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), 2012, p. 91

⁸⁷ H. Pongerard-Payet, « le critère social exprès d'attribution, un cadeau en trompe l'œil fait aux élus », *A.J.D.A.*, 2006, liv. 12, pp. 638

⁸⁸ Art.53, §1, a, de la directive 2004/18/CE

⁸⁹ H. Pongerard-Payet, *op.cit.*, p. 638

⁹⁰ N. François, *op.cit.*, p.644

En faisant référence « à la jurisprudence de la Cour », la directive, en son considérant premier, renvoie notamment aux arrêts relatifs aux critères écologiques pour appréhender l'utilisation du critère d'attribution. Ceux-ci sont tout à fait pertinents pour jauger de la possibilité de faire usage des critères sociaux d'attribution, les critères écologiques étant soumis aux mêmes contraintes. On pense notamment à l'exigence de lien avec le marché qui provient de l'affaire *Concordia Bus Finlande*, exigence qui est confirmée dans l'article 53§ 1, a. On trouve encore confirmation de cette nécessité de lien avec l'objet du marché dans l'arrêt *Weinstorm* où une autre clause écologique fut rejetée. L'enseignement à en tirer est que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas entièrement libres de choisir les soumissionnaires et doivent veiller au respect du droit européen qui protège le caractère non-discriminatoire de l'attribution des marchés. Faute de quoi le critère sera jugé irrégulier et pas retenu⁹¹.

Comme nous avons commencé par le dire, les acheteurs publics doivent faire preuve de *prudence* lorsqu'ils font usage de tels critères s'ils ne veulent pas voir leur choix jugé irrégulier par la Cour de Luxembourg.

§ 2 – Nouvelle directive marchés publics de 2014

La directive 2014/24/CE (abrogeant celle de 2004), fait en son article 56 explicitement du marché public un moyen de promouvoir le respect du droit social et du travail (entre autres), cela renforce indéniablement la possibilité d'utiliser le marché public comme un instrument de politique horizontale⁹², ce qui fut sujet à controverse pendant très longtemps.

Elle renforce considérablement le nombre de critères relatifs au droit social pouvant justifier une exclusion au stade de la sélection qualitative, on y retrouve notamment le non-paiement des taxes et cotisations sociales⁹³. De plus elle autorise les adjudicateurs à prendre en compte tant le respect présent que passé du droit social et du travail par les candidats, plus encore, elle permet d'en déduire un potentiel non-respect dans le futur⁹⁴ dans sa décision d'attribution. Enfin l'article 57 (g) de la directive permet l'exclusion sur base d'une mauvaise prestation dans le passé⁹⁵, cela pourrait permettre d'exclure l'opérateur n'ayant pas respecté ses obligations découlant d'une clause sociale, voici un bon moyen de contraindre les soumissionnaires.

⁹¹ H. Pongerard-Payet, *op.cit.*, p. 640

⁹² A. Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Bloomsbury Academic, 2015, p.288

⁹³ A. Sanchez-Graells, *op.cit.*, p. 286

⁹⁴ *Ibid.*, p. 298 ; ainsi que ; art.57 de la directive 2014/24/CE

⁹⁵ *Ibid.*, p. 289

Elle cite aussi les considérations sociales parmi les critères possibles d'attribution : « liste **non exhaustive** de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les **aspects sociaux** et environnementaux »⁹⁶ et en son article 67 relatif aux critères d'attribution dispose que « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût(...) et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/ prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou **sociaux** liés à l'objet du marché public concerné. (...) »

Quant aux conditions d'exécution, le statut de la clause sociale est encore plus renforcé par cette directive et sa transposition⁹⁷.

Cette directive s'inscrit dans la tendance de recherche d'une croissance intelligente, durable et inclusive de l'économie européenne (stratégie Europe 2020). Elle a suscité de nombreux débats au parlement européen, très favorable à la consolidation du statut des mécanismes permettant l'insertion de considérations sociales. Parmi les avancées notables qu'elle induit on relèvera notamment⁹⁸ :

- Le prix ne peut plus être le seul facteur d'attribution, cela renforce les clauses sociales et autres⁹⁹
- Elargissement du principe de réservation de marché à l'économie sociale (*cf. partie III*)
- Allotissement obligatoire (*cf. partie III*)
- Hausse du seuil minimal de publication (passe à 30.000 eur)
- Possibilité d'utilisation de labels dans le cadre de critères d'attribution. (art 43)

Cette dernière avancée est considérable dans le sens où l'interdiction d'utiliser des labels, en tant que tels, compliquait énormément la tâche des pouvoirs adjudicateurs, lesquels se voyaient obligés de reprendre une par une les caractéristiques des labels dans leur cahier spécial de charges. Cette simplification pourrait mener à amplifier l'usage des clauses sociales. Dorénavant les adjudicateurs pourront utiliser des labels pour évaluer les offres de biens et services présentant un caractère social spécifique.

⁹⁶ Considérant 96 de la directive 2014/24/CE

⁹⁷ S. Perea, *ibid.*, avant-dernier §

⁹⁸ S. Perea, « Nouvelle loi fédérale sur les marchés publics, quelles avancées ? », *Le coin du juriste*, disponible sur : <http://clausesocialebruxelles.be/?Le-coin-du-juriste-Nouvelle-loi>

⁹⁹ X. « les clauses sociales dans les marchés publics », *Union luxembourgeoise pour l'économie sociale*, p.12, disponible sur <http://ules.lu/fr/>

Section 4 – Transposition des règles européennes en droit belge

Cette directive fut transposée en droit belge par la nouvelle loi du 17 juin 2016, entrée en vigueur au 30 juin 2017, qui comprend de nombreuses évolutions¹⁰⁰ sans pour autant opérer une révolution de la matière¹⁰¹. Elle est toutefois synonyme d'évolutions positives pour les considérations sociales dans les marchés publics.

Le nombre d'articles a été doublé par rapport à la loi de 2006, la plupart d'entre eux sont relatifs à la passation (*cf. supra* nouveaux modes et modification de ceux qui existaient). En raison de la rareté des sources jurisprudentielles et doctrinales concernant les nouvelles règles, la prudence s'impose (encore).

L'évolution la plus notable qui nous intéressera dans le cadre de ce mémoire est l'ajout d'un nouveau principe de respect du droit national, de l'environnement, social et du travail¹⁰² provenant de la directive MP de 2014 (art. 76, 2^o) et érigé en *principe général des MP* à l'article 7 de la loi.

Cette loi est dans la droite ligne de la directive de 2014 et transpose les évolutions européennes en droit belge, en ce compris la confirmation du statut de la clause sociale de critère d'attribution, alors qu'on en était encore au stade critère d'exécution dans la loi de 2006.

Statut de la clause sociale comme:	Loi marchés publics 2006	Loi marchés publics 2016
Critères de sélection	Liste exhaustive	Liste exhaustive, avec par exemple de nouveaux critères relatifs au passé « social / fiscal » et pénal du soumissionnaire, permettant de faire indirectement entrer des considérations sociales

¹⁰⁰ G. Eryn, « La réforme '2017' des marchés publics », Présentation du 12 juillet 2017, VDE Legal, pp. 16 et s. disponible sur : http://www.vdelegal.be/wp-content/uploads/2017/07/La-reforme-2017-des-marches-publics-PPT-GE-12-07_01576291.pdf (consulté en juillet 2017)

¹⁰¹ *Contra* : opinion de Me Vanderstraeten. (Annexe 1)

¹⁰² *Ibid.*, p.16

Critères d'attribution	Liste non-exhaustive permettant de la prendre en considération mais ne citant explicitement que la clause environnementale	Liste non-exhaustive comprenant les considérations écologiques et sociales dans ses exemples. (art.81 §2, 3°) Possibilité de faire référence à des labels. (art.54)
Critères d'exécution	Acceptation large depuis l'arrêt <i>Beentjes</i>	Idem.

L'article 7 de la nouvelle loi renvoie à l'annexe II de la loi du 17 juin 2016 qui mentionne de nombreuses conventions de l'O.I.T. mais pas explicitement celles concernant les clauses sociales. On y retrouve néanmoins celle relative au respect des conventions collectives (n°98) ou celle relative à l'égalité dans les rémunérations (n°100). Nous verrons dans la partie suivante que de nombreux auteurs (*cf.* partie II) européens pensent que c'est un moyen indirect de faire respecter la convention relative au clauses sociales.

Partie II – Les clauses sociales face au droit international

Comme nous l'avons déjà dit, les clauses sociales découlent des conventions de l'organisation internationale du travail (O.I.T.) et sont indirectement règlementées par l'Union européenne (U.E.) via son abondante législation relative aux marchés publics. En ce qui concerne les pays tiers à l'U.E., les accords de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) s'y intéressent aussi dans le cadre de la réglementation des accès internationaux aux marchés publics. Tous ces instruments internationaux se superposent et édictent des règles parfois incompatibles entre elles. Cette partie va traiter de cette problématique et tenter de dégager des pistes de solutions aux contradictions pouvant se produire entre les instruments internationaux.

Chapitre 1 : Clauses sociales et droit européen

Le droit de l'Union européenne a une influence considérable sur l'applicabilité concrète des clauses sociales. Ce n'est pas au niveau du droit belge que fut tranchée la question de savoir si ces clauses sont bien conformes aux grands principes de passation des marchés, dont l'objet essentiel était à la base d'ordre économique et technique¹⁰³.

Il ne faut néanmoins pas perdre de vue le droit international plus généralement et en particulier les conventions de l'organisation du travail (ci-après O.I.T.), rappelons-nous que la base des clauses sociales se trouve dans la convention n°94, écrite au lendemain de la seconde guerre mondiale, dans un but de tirer des avantages sociaux de la vague d'investissements des Etats pour la reconstruction.

Le premier arrêt rendu par la C.J.U.E. quant aux clauses sociales était plutôt favorable, après avoir reconnu un champ d'application très large à la directive marché publics de l'époque, elle a reconnu que celle-ci autorisait des critères sélectifs dans le chef des autorités commanditaires, et en l'occurrence une clause sociale visant à la réinsertion dans le marché du travail de chômeurs longue durée : « la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché. »¹⁰⁴

Toutefois l'U.E. a toujours eu, comme nous le savons, une certaine tendance « libérale » et a toujours voulu privilégier les libertés économiques en réduisant ou en supprimant les obstacles au marché unique avant tout¹⁰⁵. Cela a eu des conséquences directes sur les clauses sociales, alors vues comme des obstacles. Cette tendance réapparaîtra dans les arrêts *Rüffert* et *Bundesckerei*.

Nous allons retracer un historique de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice et relever les contradictions avec droit de l'U.E. que peuvent avoir les clauses sociales (section 1) puis tâcher de tirer des conclusions de toute cette saga jurisprudentielle relative à la compatibilité des clauses sociales avec le droit européen (section 2).

¹⁰³ J. Noel, « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux, un arrêt étonnant de la Cour de Justice des communautés européennes », *op. cit.*, p. 561

¹⁰⁴ C.J.U.E. 20 septembre 1988 (Beentjes) C-31/87 : §37, 3°

¹⁰⁵ S. Arrowsmith et al., *op.cit.*, p. 30

Section 1 – Saga des arrêts de la C.J.U.E.

§ 1 – Les arrêts Beentjes, N-p-d-C, Concordia, Weinstorm et Max Havelaar

L'importance de ces arrêts a été vue dans la *Partie I* du présent mémoire pour déterminer la nature du statut de la clause sociale. Dans les prochains paragraphes il sera principalement question de la clause sociale en tant que telle comme concept que de sa nature au sein de la procédure de passation des marchés publics.

§ 2 – L'arrêt Ruffërt (2008)

Dans l'affaire C-346/06 une Cour allemande pose une question préjudicielle quant à la question de savoir si la loi du Land allemand en question (Niedersachsen) relative à l'attribution des marchés publics est compatible avec le droit européen.

La loi du land allemand impose aux soumissionnaires de respecter les conditions salariales établies par les conventions collectives du lieu d'exécution du marché public, or le soumissionnaire en question emploie un sous-traitant qui fait usage de travailleurs étrangers, évidemment moins bien payés. Se rendant compte du tour de passe-passe opéré par l'entrepreneur sélectionné, le pouvoir adjudicateur décida d'entamer les démarches pour lui retirer le marché public et rompre le contrat avec la société en question, ce sous le motif d'avoir employé des travailleurs payés sous le niveau salarial des conventions applicables, en contradiction avec le cahier de charges. Effectivement la loi du Land soumet le sous-traitant aux mêmes obligations que l'entrepreneur initial quant aux conditions de travail imposées. Le soumissionnaire porta l'affaire en justice et la question arriva jusqu'à la C.J.U.E. :

« Est-ce que constitue une entrave injustifiée à la libre circulation des services le fait de soumettre l'attribution de marchés publics dans le secteur de la construction uniquement à des entreprises s'engageant à respecter un certain niveau salarial, correspondant à celui prescrit par les conventions collectives du lieu où le service sera exécuté ? »

La cour se livra à une interprétation de la directive sur les travailleurs détachés (96/71/EC) au regard de l'article 56 du T.F.U.E. (libre prestation des services) pour *in fine* déterminer que la loi allemande n'est pas compatible car la directive impose que la restriction législative conditionnant l'octroi du marché public soit rendue obligatoire et ait un caractère général. Or, selon la Cour la directive ne prend en considération que le salaire minimal national et non pas à des niveau régionaux ou locaux tels que ceux d'une convention collective n'ayant pas été rendue obligatoire. Deuxièmement la directive ne prend en considération que l'instauration

d'un salaire minimal rendu généralement applicable et pas uniquement sectoriel (*in casu* les marchés publics dans le secteur de la construction).

La Cour adopte ici une interprétation extrêmement restrictive du paragraphe 7 de l'article 3 de la directive sur les travailleurs détachés, ce dernier indique que les paragraphes 1 à 6 du même article ne doivent pas être interprétés d'une manière qui empêcherait des conditions de travail plus favorables aux travailleurs¹⁰⁶. L'interprétation ainsi faite est d'autant plus problématique dès lors que les articles 2 du T.U.E. et 151 du T.F.U.E. – qui doivent constituer une base interprétative – décrivent les objectifs de l'Union européenne comme devant assurer un haut niveau de protection sociale et améliorer les conditions de travail¹⁰⁷.

Malgré le caractère que certains définiront comme étant programmatique et vague de ces dispositions du traité, la Cour les a elle-même définies comme « utiles pour interpréter » les autres articles du traité dans son jugement *Zaera*¹⁰⁸, on ne saurait qu'encore moins les exclure.

Une autre chose discutable d'un point de vue juridique selon les auteurs Bruun, Jacobs et Schmidt est que contrairement à l'argument avancé dans l'affaire *Laval*¹⁰⁹ le salaire minimal est ici totalement transparent et facile à déterminer. De plus il est aussi applicable pour les entreprises Allemandes voulant prendre part au marché public. La Cour prend un tournant dangereux en autorisant les prestataires étrangers à tirer profit de l'avantage compétitif résultant du niveau salarial plus bas dans leur pays face aux accords sectoriels qui s'appliqueraient aux mêmes concurrents allemands¹¹⁰. Quant à la contradiction de l'affaire *Rüffert* avec la convention de l'O.I.T. n°94, elle sera vue dans le chapitre suivant.

Alors que la Cour rejette catégoriquement la clause sociale de salaire minimal, il est à noter que dans ses conclusions l'avocat général Bot dit qu'il est tout à fait justifiable d'employer des critères basés sur des considérations sociales dans les marchés publics, que la Cour l'a déjà reconnu (citant *Beentjes* et *Nord-pas-de-Calais*) et que l'article 26 de la directive 2004/18/CE le prévoit explicitement en tant que critère d'exécution.¹¹¹ Nous verrons par la suite que de nombreux auteurs s'opposent à cette vision conflictuelle entre la libre prestation des services, la directive *travailleurs détachés* et l'usage de la clause sociale.

¹⁰⁶ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, "ILO Convention no. 94 in the aftermath of the Ruffert Case." *European Review of Labour and Research*, no. 4, 2016, p. 477

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 478

¹⁰⁸ C.J.U.E. 29 septembre 1987 (*Zaera*), C-126/86, §17

¹⁰⁹ C.J.U.E. 18 décembre 2007 (*Laval*), C-341/05

¹¹⁰ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 478

¹¹¹ Opinion de l'A.G. Bot du 20 septembre 2007, §§ 132-133 cité par S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 4

Cet arrêt Rüffert semble être un pavé jeté dans la marre dans le contexte des arrêts très favorables aux clauses sociales rendus par la Cour de Justice (*Beentjes* et *NPDC*). Notons dès à présent que cela est dû à la prise en compte de la directive *travailleurs détachés* et ses conditions particulières.

§ 3 – L’arrêt *Bundesdruckerei* (2014)

Dans l’affaire C-549/13 la ville de Dortmund est opposée à un entrepreneur dans le cadre d’un marché public, le cahier des charges comprenait entre autres l’obligation d’appliquer un salaire minimal aux employés du soumissionnaire sélectionné. N’ayant pas été sélectionnée, cette entreprise attaqua immédiatement la ville en vue de faire modifier le cahier de charge afin qu’elle puisse recourir à un sous-traitant étranger pour exécuter tout ou partie du contrat avec la ville.

Tout comme dans l’arrêt « Rüffert » (C-346/06), la Cour est priée d’analyser la conformité de la clause de salaire minimal de ce marché public avec le droit de l’union, particulièrement avec le principe de libre prestation des services. Elle va d’ailleurs s’en inspirer et persister dans ce courant interprétatif.

Notons d’emblée les différences avec l’affaire Rüffert : tout d’abord le salaire minimal découle non pas d’une convention collective locale et sectorielle, il est ici établi par voie législative, deuxièmement la prestation est entièrement réalisée dans un pays tiers (Pologne).

Cette seconde particularité va fournir le principal argument de la Cour pour balayer l’argument de nécessité pour la protection des travailleurs de la clause de salaire minimal de la ville, effectivement si les travailleurs prestent le service à l’étranger pourquoi bénéficieraient-ils du niveau de protection allemand ? C’est ainsi que la Cour rejette la proportionnalité de la clause attaquée qu’avance le pouvoir adjudicateur pour justifier de l’entrave à la liberté de prestation des services¹¹².

La particularité¹¹³ de cet arrêt qui ne fait pas grand-chose d’autre que confirmer la jurisprudence Rüffert est qu’il autorise clairement l’usage d’un avantage compétitif salarial pour les sous-traitants en son point 34 : « (l’imposition du salaire minimal) priverait les sous-traitants établis

¹¹² M. Rocca, « Arrêt *Bundesdruckerei* : salaire minimal et prestation de services entièrement exécutée dans un autre Etat membre », *J.D.E.*, I, 2015, p. 16

¹¹³ *Ibid.*, p. 17

dans ce dernier Etat membre de retirer un avantage concurrentiel des différences entre les taux de salaires respectifs (Allemagne et Pologne) »¹¹⁴.

On pourrait y déceler une tendance qui se confirme pour la Cour de justice de faire prévaloir les libertés économiques sur les conditions de travail des personnes employées pour la prestation de marchés publics.

De plus cela mène à priver la directive 2004/18 (abrogée depuis lors) relative aux marchés publics et en particulier son article 26 de tout effet utile car la Cour n'a de cesse de faire passer les clauses sociales – pourtant autorisées par la directive – sous le filtre classique de proportionnalité et les interdits quasi systématiquement.

La seule zone d'ombre subsistant à ce stade-ci est de savoir dans quelle mesure elles sauraient être appliquées dans le cas de services prestés sur le territoire de l'autorité adjudicatrice, dès lors que Bundesdruckerei scelle leur sort quant aux prestations effectuées à l'étranger.

§ 4 – L'arrêt *Regio Post* (2015)

Conclusion de la saga (pour l'instant ?) entamée par l'arrêt *Rüffert* sur les clauses de salaire minimal dans les marchés publics.

Dans cette affaire nous avons cette fois une clause de salaire minimum dans un cahier de charge émis par la ville allemande de Landau mais cette clause va être acceptée par la Cour de justice en tant que restriction justifiée face au principe de libre prestation des services (art. 56 TFUE) et jugée conforme à la directive « détachement » (Dir. 96/71/CE).

C'est encore une fois le cas d'un entrepreneur déçu qui attaque une ville en vue de faire déclarer les clauses de son marché public contraires au droit européen, une fois encore aussi il s'agit de la loi d'un Land. Alors qu'est-ce qui change cette fois pour que la Cour accepte la clause sociale de salaire minimum ?

Il faut tout d'abord comparer la situation présente dans cet arrêt avec l'arrêt *Rüffert* car il s'agit – contrairement à l'arrêt *Bundesdruckerei* – de la situation d'un prestataire n'exécutant pas la prestation de services à l'étranger.

Ce qui distingue particulièrement l'arrêt *RegioPost* est qu'il est question d'un salaire minimum fixé par un instrument législatif et non pas par un renvoi à une convention collective (*Rüffert*). De plus ce salaire est d'application générale et non pas uniquement au secteur de la construction

¹¹⁴ C.J.U.E. 18 septembre 2014 (*Bundesdruckerei*), C-549/13, § 34

dans les marchés publics (*Rüffert*), finalement dans l'arrêt *Rüffert* le salaire fixé par convention collective était supérieur au minimum national, ce qui impliquait un problème de proportionnalité aux yeux de la Cour¹¹⁵, ce n'est pas le cas de *Regio Post*.

Pour les raisons précédemment énumérées la Cour de justice estima que la situation de la clause sociale de l'arrêt *Regio Post* correspondait mieux aux obligations de la directive travailleurs détachés qui autorisent des restrictions basées sur « des dispositions législatives, réglementaires ou administratives » ou « par des conventions collectives d'application générale »¹¹⁶.

Section 2 – Réflexions sur leur compatibilité avec le droit européen

On peut se permettre de grouper les arrêts précédemment énumérés en deux catégories, ceux rendus avant la directive 2004/18/CE (*Beentjes* et *NPDC principalement*) et ceux, rendus après (*Rüffert*, *Bundesdruckerei* et *Regio Post*).

Assez paradoxalement, les arrêts rendus avant la directive renforçant le statut de critère d'attribution des clauses sociales – à un temps où celles-ci n'avaient presque pas de relais législatifs – lui sont très favorables. Effectivement la Cour, dans l'arrêt *Beentjes* notamment, avait fait preuve de beaucoup de flexibilité et bravé l'avis de la Commission, alors hostile aux clauses. Par contre c'est l'inverse qui s'est produit au moment – qui semblait pourtant plus favorable aux dites clauses – qui a suivi l'adoption de la directive. Dans son arrêt *Rüffert* la Cour a fait preuve de beaucoup de réticences à l'égard de l'insertion des clauses sociales dans le marché public du Land allemand, au point qu'on pourrait presque y voir un revirement de la jurisprudence *Beentjes*.

Au grand damne des pourfendeurs de la clause sociale, la tendance très négative des arrêts *Rüffert* et *Bundesdruckerei* s'est estompée (temporairement ?) avec le nouvel arrêt *Regio Post*, plus en phase avec la jurisprudence *Beentjes*.

Déjà à l'époque de la jurisprudence *Rüffert*, *Sue Arrowsmith* (U.K.) avançait de fortes critiques¹¹⁷ face à cette décision de la Cour. Ses critiques portaient notamment quant au fait de la totale compatibilité de la clause sociale avec le droit européen et l'ignorance faite par les juges de l'article 26 de la directive 2004/18/CE qui les autorise clairement. Selon l'auteure, la clause sociale est un obstacle à la libre prestation des services qui peut être justifié par l'intérêt général. Elle avance l'argument intéressant de l'exemplarité que l'Etat doit avoir dans ses

¹¹⁵ M. Rocca, « *RegioPost* : marché public et salaire minimal », *J.D.E.*, 2016, p. 57

¹¹⁶ Article 3, § 1er, de la directive *travailleurs détachés*.

¹¹⁷ S. Arrowsmith, *op.cit.*, pp. 1-8

contrats, ainsi que la possibilité d'insuffler des politiques dans le monde privé d'une manière plus efficace que par les sanctions pénales ou administratives¹¹⁸, en faisant de certains comportements¹¹⁹ un critère d'exclusion par exemple. Le fait pour une entreprise de ne pas avoir accès à la manne financière que constituent les marchés publics est en effet une motivation indéniable pour que celle-ci change son comportement afin de rentrer dans les critères de sélection.

L'argument clé de la Cour de son raisonnement dans l'affaire *Rüffert* est basé sur l'incompatibilité de la clause sociale avec les articles du traité européen relatifs à la libre prestation des services et la directive relative aux travailleurs détachés. Quant à l'incompatibilité prétendue qu'aurait l'article 56 du T.F.U.E. avec les clauses sociales, des auteurs avancent une réponse intéressante, alors qu'on reproche à ces clauses de restreindre le marché, ils disent que non, elles ne le restreignent pas mais le *définissent*¹²⁰. Cet argument, en prenant le problème à l'envers, n'est pas dénué d'intérêt. Il est effectivement raisonnable d'affirmer que le choix de l'adjudicateur, parfois même à la base du recours à un achat public, est de diriger les effets de celui-ci vers un but social. De plus il n'est pas déraisonnable d'affirmer que la plupart du temps cela n'avantagera pas forcément les entreprises étrangères face aux acteurs locaux, et c'est là que résident les craintes de la Cour dans le cas *Rüffert*.

La question de savoir si les clauses sociales sont un obstacle à la libre prestation des services, et si c'est le cas, s'il est justifiable, agite toujours la doctrine et certains auteurs¹²¹ prônent par exemple une modification des directives pour prendre en compte la spécificité du marché public.

Il reste à noter que le dernier arrêt rendu quant aux clauses sociales lui était plutôt favorable (*RegioPost*), ce malgré l'analyse fortement basée sur la compatibilité avec les libertés économiques et la directive travailleurs détachés que certains dénoncent¹²². Nous ne pouvons qu'espérer que la tendance se confirme dans les arrêts à venir.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 4

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 110 : Notamment l'utilisation de critères d'exclusion suite à une condamnation pour corruption

¹²⁰ *Ibid.*, p. 159

¹²¹ Cf. chapitre 3 « pistes pour une solution à l'articulation des instruments ... » ainsi que N. Bruun et al.

¹²² S. Arrowsmith et al., *op.cit.*, p 272 (*equality linkages*)

Chapitre 2 – Les clauses sociales et le commerce international

Après ces considérations sur l'impact et la compatibilité des clauses sociales sur le marché unique européen, il convient de mentionner « l'accord sur les marchés publics »¹²³ (ci-après AMP) qu'a conclu l'U.E. avec des pays tiers (de nombreux partenaires commerciaux importants comme le Japon, les USA ou le Canada) au sein de l'organisation mondiale du commerce (ci-après OMC).

Il est à noter que non seulement les entreprises de pays membres de l'U.E. peuvent prospecter les marchés publics sur le territoire d'autres pays membres, mais cela peut aussi être le cas de pays tiers, il faut donc s'assurer que de tels accords internationaux n'engrangent pas de conflits avec les règles européennes s'appliquant aux marchés publics. Il est en effet tout à fait possible qu'un accord international avec des pays tiers comme celui mentionné précédemment permette des conditions plus ou moins strictes et puisse privilégier des pays tiers face aux pays européens pour accéder à un marché public sur le territoire de l'U.E. Afin d'éviter une telle situation entre les soumissionnaires provenant d'Etats membres et ceux de pays tiers, le législateur européen a dû aligner les directives relatives aux marchés publics avec l'accord sur les marchés publics (OMC) par le moyen des directives 97/52/CE et 98/4/CE.

Il reste néanmoins théoriquement possible que les pays européens, en adjoignant des clauses sociales (et autres) enfreignent l'accord de l'OMC et pas les règles européennes.¹²⁴ Comment être sûr que cet accord avec les pays tiers admette des critères d'exclusion tels que ceux permis par les directives européennes ? Cela semble à première vue remettre totalement en cause l'existence des clauses sociales, mais une telle situation de conflits avec les accords de l'OMC ne s'est encore jamais présentée. Comme le note S. Arrowsmith « les dispositions relatives aux clauses (*horizontal policies*) dans l'accord sur les marchés publics (de l'OMC) sont encore plus floues que celles contenues dans le droit communautaire, au point que la possibilité que toute difficulté puisse apparaître est sans doute plus théorique que réelle »¹²⁵. En ce qui concerne l'accord sur les marchés publics conclu au sein de l'OMC, il est à souligner que celui contient déjà en son sein même des exceptions en faveur du travail des personnes handicapées notamment (art.3 depuis l'actualisation de l'accord en 2014). L'auteure note encore que le seul

¹²³ Government Procurement Agreement, 1994, *W.T.O.*

¹²⁴ S. Arrowsmith, *op.cit.*, p. 247 (traduction libre)

¹²⁵ *Ibid.*, p. 248

risque actuel réside dans une limitation de la marge de manœuvre de l'U.E. pour modifier ses politiques futures.

Il semble que la doctrine s'accorde à dire que les clauses sociales sont généralement admises grâce aux exceptions et exemptions vis-à-vis des réglementations sociales que contient notamment l'Accord sur les marchés publics, en son article XXIII¹²⁶.

Chapitre 3 : Contradiction entre l'Organisation Internationale du travail et le droit européen ?

Section 1 – Collision entre les ordres juridiques

Pour rappel, la convention n°94 de l'organisation internationale du travail (O.I.T. cv. n°94) adoptée en 1949 et entrée en vigueur le 1952, a force de loi pour tous les Etats l'ayant ratifiée au sein desquels on retrouve presque tous les membres de l'U.E. (sauf Allemagne et R.-U.)

Il est dès lors étonnant que ni l'avocat général ni les juges n'aient pas estimé opportun de mentionner dans l'affaire Rüffert cette convention qui lie les Etats membres de l'U.E. sur le plan du droit international public. Certains¹²⁷ avancent que la raison pourrait être que l'affaire concerne l'Allemagne, laquelle n'a jamais ratifié la convention n°94. Ce qui en plus de tenir la route, remettrait toute la saga jurisprudentielle – ne concernant que des cas allemands – en cause dans le cas d'une affaire similaire avec un Etat signataire ayant ratifié la convention n°94.

Le point de départ du raisonnement des dernières directives en termes de marché public - elles sont deux en 2004 - est de laisser les Etats libres de choisir les critères qui leur plaisent en terme e.a. de politique sociale dans le cadre des attributions de marchés publics, tant que cela ne consiste pas à créer des mesures discriminatoires à l'égard des prestataires de services situés dans d'autres Etats membres. Jusque-là c'est en tout point compatible avec le prescrit de la convention OIT n°94 mais le jugement de l'affaire Rüffert vient tout chambouler. Effectivement cette affaire mena la Cour d'une part à un jugement incompatible avec la convention de l'OIT – qui peut être justifié d'un certain point de vue – mais en plus rentre en totale contradiction avec le droit européen lui-même, puisque les directives autorisent les Etats à de telles politiques sociales.

¹²⁶ M. Verdussen et C. Romainville, « les clauses éthiques dans les marchés publics », *ethiek en compliance in bedrijven*, D.A.O.R., 2010, afl. 93, p. 53

¹²⁷ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 478

Ces clauses furent prévues dans un premier temps dans la communication interprétative¹²⁸ de la Commission en vue des directives « marchés publics » à venir de 2004, qui confirmeront cela dans leurs considérants :

« Afin que les exigences applicables dans les domaines environnemental, **social et du travail** soient prises en compte de manière appropriée dans les procédures de passation de marchés publics, il importe tout particulièrement que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail qui s'appliquent au lieu où les travaux sont exécutés ou les services fournis, et qui découlent de lois, règlements, décrets et décisions en vigueur au niveau national et au niveau de l'Union, ainsi que de conventions collectives, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union. De même, les obligations découlant des accords internationaux ratifiés par l'ensemble des États membres, énumérés à l'annexe X, devraient s'appliquer lors de l'exécution du marché. **Toutefois, cela ne devrait en aucune manière faire obstacle à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs.** »¹²⁹ (nous soulignons)

Cette liberté laissée aux Etats provient d'une négociation suite aux pressions des lobbies dans le processus législatif européen, certains voulant interdire les clauses sociales, d'autres les rendre obligatoires.¹³⁰

Un groupe de professeurs européens relèvent néanmoins des tensions¹³¹ à deux niveaux entre le droit européen et la convention 94 de l'O.I.T.

1° La directive sur les travailleurs détachés (96/71/EC)

La convention n°94 de l'O.I.T. a un champ d'application plus large que celui de la directive *travailleurs détachés*, elle ne requiert pas que les conventions collectives soient d'application générale pour être prises en compte, d'une part, la convention couvre plus de secteurs d'activité, d'autre part.

Effectivement la convention s'applique à tous les contrats auxquels l'Etat (sens large) est partie et non pas uniquement à certains domaines énumérés dans la directive, de plus des secteurs non repris par la directive sont repris par la convention :

- « (a) l'une au moins des parties au contrat est une autorité publique;
- (b) l'exécution du contrat entraîne:
 - (i) la dépense de fonds par une autorité publique,
 - (ii) l'emploi de travailleurs par l'autre partie au contrat;
- (c) le contrat est passé en vue de:

¹²⁸ Communication de la Commission Européenne, 21/01/1997, *O.J. L.018*, pp 1-6,

¹²⁹ Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (abrogeant la directive 2004/18/CE), considérant n°37

¹³⁰ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 479

¹³¹ *Ibid.*, p. 482

- (i) la construction, la transformation, la réparation ou la démolition de travaux publics,
- (ii) la fabrication, l'assemblage, la manutention ou le transport de matériaux, fournitures ou outillage,
- (iii) l'exécution ou la fourniture de services;
- (d) le contrat est passé par une autorité centrale d'un Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la convention est en vigueur.»¹³²

Là où la directive en son article 3(1) énonce :

« 1. Les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1^{er} paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées:

par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives

par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe (...) »

En conclusion la convention n°94 est d'un champ d'application bien plus important que la directive *travailleurs détachés* qui est fort restrictive.

2° La libre prestation des services, art. 56 et suivants T.F.U.E.

C'est le point de départ de la réflexion de la Cour dans l'affaire Ruffert, qui ira même jusqu'à parler d'un obstacle salarial à cette liberté et à explicitement avancer l'argument d'un avantage compétitif résidant entre les différents niveaux de salaires des Etats de l'Union, dont peuvent tirer profit les soumissionnaires et sous-traitants.

Dès lors que la convention n°94 contraint à respecter des conditions de travail minimales – notamment le contenu de conventions collectives – du lieu de prestation pour les travailleurs employés dans le cadre d'un MP afin de ne pas les soumettre à un traitement discriminatoire face aux travailleurs locaux, elle constitue une entrave à la libre prestation des services, mais serait-ce une entrave justifiée ? Non si la Cour s'en tient au type raisonnement qu'elle a tenu dans l'affaire Ruffert en se référant aux affaires *Viking*¹³³ et *Laval*¹³⁴, alors que ces conditions auraient pu être vues comme un besoin impérieux d'intérêt général¹³⁵. La cour rejette la proportionnalité des mesures parce que les conventions collectives ne s'appliquent pas en dehors du Land concerné vu qu'elles ne sont pas rendues d'application générale et ne s'appliquent qu'aux marchés publics du secteur de la construction. Fort étonnamment l'avocat général avait rendu un avis plutôt favorable au Land dans l'affaire *Ruffert* (cf. supra). Une

¹³² Article 1^{er} de la convention n°94 de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.)

¹³³ C.J.U.E. 11 décembre 2007 (Viking) C-438/05

¹³⁴ C.J.U.E. 18 décembre 2007 (Laval) C-341/05

¹³⁵ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 482

certaine doctrine¹³⁶ se base sur ces contradictions dans la jurisprudence et l'avis de l'avocat général pour continuer à plaider pour la compatibilité des clauses introduisant des considérations sociales dans la commande publique avec les libertés économiques européennes, principalement celle de libre prestation de services et de circulation des travailleurs.

Les pistes de solution à ces conflits seront développées dans la section 4.

Section 2 – Conséquences légales de ce conflit entre les traités

Que se passerait-il si la Cour de justice se maintenait dans une interprétation contraire à la convention de l'O.I.T. (en plus des directives) ?

Il convient de mentionner l'article 351 T.F.U.E. Effectivement, le T.F.U.E. prévoit que les États membres liés par des engagements internationaux antérieurs à leurs engagements face au droit de l'Union soient autorisés à les respecter, au moins durant une durée de transition correspondant à la procédure de dénonciation du traité.¹³⁷

Le droit international public – à ne pas confondre avec le droit communautaire européen – prévoit la possibilité de dénoncer un traité, ce qui revient à rendre possible pour un État de se libérer de ses obligations internationales notamment quand elles entrent en contradictions avec d'autres obligations du même type, prévues par l'article 30(4)b de la convention de Vienne sur le droit des traités.

C'est ainsi en conformité avec le droit international que le traité européen trouve une solution aux conflits entre le droit européen et des engagements antérieurs, le texte de cet article 351 énonce que :

« Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune. »

La conclusion à tirer suite à la lecture du second alinéa est que les États membres doivent soit travailler ensemble afin de modifier un traité incompatible, soit le dénoncer lorsque c'est

¹³⁶ *Ibid.* p. 482 ; S. Arrowsmith et al., *op.cit.*, p. 1-8

¹³⁷ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 480

possible, afin de pouvoir le plus vite possible répondre à leurs obligations découlant du droit de l'Union.

Une affaire¹³⁸ tranchée par la Cour illustre ce genre de conflit, les juges européens ont déjà contraint le Portugal à agir de manière à être en conformité avec le droit européen malgré d'autres engagements sur le plan international.

L'article 14 de la convention n°94 de l'O.I.T. prévoit cette possibilité de dénonciation du traité :

« 1. Tout Membre ayant ratifié la présente convention peut la dénoncer à l'expiration d'une période de dix années après la date de la mise en vigueur initiale de la convention, par un acte communiqué au Directeur général du Bureau international du Travail et par lui enregistré. La dénonciation ne prendra effet qu'une année après avoir été enregistrée.

2. Tout Membre ayant ratifié la présente convention qui, dans le délai d'une année après l'expiration de la période de dix années mentionnée au paragraphe précédent, ne fera pas usage de la faculté de dénonciation prévue par le présent article sera lié pour une nouvelle période de dix années et, par la suite, pourra dénoncer la présente convention à l'expiration de chaque période de dix années dans les conditions prévues au présent article. »

Cela revient à dire que tout Etat qui désirerait dénoncer la convention devrait attendre la prochaine échéance possible – qui est le 20 septembre 2022 – et dénoncer la convention avant le 20 septembre 2023 (délai d'un an) et puis attendre un an avant de ne plus l'appliquer. Ce qui revient, au plus tôt au 21 septembre 2023. Notons que le seul Etat à l'avoir fait pour l'instant est le Royaume-Uni¹³⁹.

Comme nous l'avons vu cette obligation de dénonciation n'arriverait que dans le cas où la Cour relèverait une incompatibilité entre les traités européens et une norme de droit international liant un Etat membre, en application de l'article 351 T.F.U.E. et de la jurisprudence¹⁴⁰ de la Cour. Cela n'empêche que les institutions n'ont pas le droit d'entraver les droits et obligations des Etats membres durant la période transitoire nécessaire à l'affranchissement de leurs obligations internationales¹⁴¹, quand bien même elles enfreindraient le droit européen.

La situation ne s'est pas présentée dans les cas *Rüffert*, *Bundesdruckerei* ni *RegioPost* puisque l'Allemagne n'est pas liée, mais cela pourrait-il arriver avec une affaire similaire dans un Etat membre lié par la convention 94 ? Nous verrons qu'il semble que non, au terme de la saga jurisprudentielle initiée de la Cour de Justice avec l'affaire *Ruffert*.

¹³⁸ C.J.U.E. 04 juillet 2000 (*Commission v. Portugal*) C-84/98, pp. 55-58

¹³⁹ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 481

¹⁴⁰ C.J.U.E. 04 juillet 2000 (*Commission v. Portugal*) C-84/98, pp. 55-58

¹⁴¹ Article 351 T.F.U.E. ; C.J.U.E. 14 octobre 1980 (*Burgoa*) C-812/79, § 11

Chapitre 4 : Pistes pour une solution à l'articulation des instruments internationaux

Il serait actuellement assez réducteur d'immédiatement penser que ces instruments internationaux – traités européens et convention 94 de l'O.I.T. – s'opposent frontalement, il s'avère en réalité qu'ils sont assez conciliables avec un peu de bonne volonté.

Comme nous l'avons rapidement expliqué précédemment, de nombreuses dispositions des traités invitent à une interprétation souple et concordante par la C.J.U.E. avec le droit international lorsque c'est possible, et encore plus quand il s'agit de standards de droit social plus élevés. Pensons notamment aux articles 351 du T.F.U.E., 53 de la charte des droits fondamentaux de l'U.E. ou 2 du T.U.E. tel que modifié par le traité de Lisbonne.

Section 1 – L'article 351 T.F.U.E.

L'article 351 du T.F.U.E. oblige les organes de l'Union, en ce compris sa Cour de justice, à faire une interprétation qui prend en compte les obligations internationales des Etats membres.

Le droit de l'Union contient des références explicites¹⁴² au respect des conventions de l'O.I.T., ce qui invite les organes européens à une interprétation du droit européen conforme, c'est notamment le cas dans le préambule de la directive 2003/88/EC :

« Les principes de l'organisation internationale du travail doivent être pris en compte quant à l'organisation du travail et du travail de nuit ».

..tout comme dans le préambule de la charte sociale européenne :

« ... doit s'inspirer des conventions de l'organisation internationale du travail... »

Certains droits dérivant de l'O.I.T. ont été déclarés « fondamentaux » (déclaration de Philadelphie) et applicables à tous les membres de l'organisation (ce qui comprend tous les Etats membres). Malgré que la convention 94 sur les clauses sociales n'en fasse pas partie il semble couler de source qu'elle promeut la prolifération et le respect des conventions collectives ou l'égalité entre les travailleurs (conventions N°87 et 98), qui furent bien érigés en principes fondamentaux de l'U.E. Il serait tout à fait raisonnable de considérer qu'elle promeut dès lors les principes et droits fondamentaux au travail, tel que l'égalité entre les travailleurs et

¹⁴² N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 483

la lutte contre le dumping social¹⁴³. Voilà un argument qui pourrait encore renforcer le respect de la convention n°94 même pour les Etats ne l'ayant pas ratifiée.

Section 2 – Charte des droits fondamentaux

L'article 53 de la charte des droits fondamentaux quant à lui invite encore plus explicitement à pas limiter les standards repris par le droit international et les conventions.

« Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres. »¹⁴⁴

La charte des droits fondamentaux de l'U.E. est devenue contraignante envers les institutions de l'Union avec le traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009. Son article 21 promeut la non-discrimination et son article 28 la négociation collective. Lorsque dans l'affaire Rüffert la Cour se demandait si de telles mesures dans le cahier de charge du Land, constitutives d'entraves aux libertés économiques, pouvaient être justifiées au nom de l'intérêt général, elle aurait dû mentionner ces articles de la charte qui ne font que reprendre l'idée de la convention 94 en droit européen¹⁴⁵.

Section 3 – Les articles 2 et 3(3) du T.U.E.

Enfin l'article 2 du T.U.E. énonce lui les grands principes de l'Union, parmi lesquels : l'égalité, la non-discrimination et la solidarité.

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »¹⁴⁶

« 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres » (art. 3)

¹⁴³ *Ibid.*, p. 484

¹⁴⁴ Art. 53, Charte des droits fondamentaux de l'U.E.

¹⁴⁵ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 485

¹⁴⁶ Art. 2, Traité sur l'Union Européenne.

De plus l'ancien article 2 du traité promouvait le strict respect des obligations internationales et le soutien au développement de celui-ci, il est permis de douter que l'interprétation de la Cour de justice est conforme à ces buts du traité¹⁴⁷.

Section 4 – Conclusions

Le cas Rüffert n'est ni plus ni moins que l'illustration de la volonté de la Cour de justice de ne pas prendre en compte les spécificités nationales et les conventions collectives de travail lorsqu'elle juge de la conformité au droit européen¹⁴⁸.

L'interprétation de la Cour ne mène qu'à de l'incertitude quant aux clauses sociales, pourtant légalement prévues et autorisées par le droit européen, présentées comme des obstacles aux libertés européennes et contraires à la directive sur les travailleurs détachés. De nombreux auteurs¹⁴⁹ de doctrine avancent dès lors l'idée d'une clarification de la directive afin qu'elle soit plus en phase avec la convention 94 de l'O.I.T. Ces auteurs avancent deux pistes majeures qui seraient d'une part, de considérer les marchés publics comme faisant partie d'un ensemble particulier nécessitant des règles différentes du secteur privé, d'autre part, de prévoir le type de conditions pouvant être stipulées dans les contrats passés par l'Etat.

Une autre idée avancée¹⁵⁰ consisterait à inclure dans les directives marchés publics (2004/17/EC et 2004/18/EC) une clause qui permettrait le respect des obligations de l'article 2 de la convention 94 de l'O.I.T. en y faisant référence.

Certains dont Ch. Mc Crudden, avancent que rien dans le droit européen ne mène inévitablement à la domination des libertés économiques sur les considérations sociales dans ce conflit qui les oppose¹⁵¹. Ce dernier propose une analyse non-hiérarchique dans ce conflit et avance qu'en plus d'être non seulement possible, elle est la seule manière d'interprétation appropriée. Il convient que l'égalité est à la base de la législation européenne relative aux marchés publics mais qu'il ne faut pas perdre de vue lorsque l'on étudie la question de cet instrument de politique publique qu'il s'agit d'un contrat dont il ne faut pas oublier l'objet premier. On peut ici faire le pont avec la théorie de S. Arrowsmith exposée précédemment qui avance que le marché public peut avoir pour objet la réalisation de politique sociales via l'achat public, et que dès lors la clause sociale n'est pas un obstacle à ce marché mais le définit. Il faut

¹⁴⁷ N. Bruun, A. Jacobs et M. Schmidt, *op. cit.*, p. 485

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 485

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 485

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 486

¹⁵¹ S. Arrowsmith et al., *op.cit.*, p. 272

bien garder à l'esprit qu'il n'est absolument pas question de permettre une discrimination basée sur la nationalité du soumissionnaire, bien au contraire ces auteurs défendent que la clause sociale puisse tout à fait coexister avec cette obligation de ne pas discriminer.

Pour conclure sur une note d'actualité, il semble¹⁵² que le nouveau gouvernement français en place souhaite lutter plus efficacement contre le dumping social et modifier la directive « *travailleurs détachés* ». Cela pourrait résulter en quelque chose de positif pour les clauses sociales visant notamment au maintien de salaires minimums pour les travailleurs détachés. Il est en effet indéniable que faire prévaloir les libertés économiques dans ce cas précis ne mène qu'à renforcer la concurrence sociale entre les Etats membres et à permettre des conditions défavorables à l'égard de travailleurs détachés provenant de régions pauvres face aux travailleurs locaux. Nous verrons que le gouvernement belge s'est aussi inscrit dans une tendance visant à combattre le dumping social en faisant usage des clauses sociales.

Partie III – La clause sociale, un instrument efficace de politique publique ?

Cette partie tentera, après un bref état des lieux de l'utilisation des clauses sociales, de dégager les tendances, les alternatives possibles et les avis d'acteurs du terrain quant à l'application concrète et l'efficacité des clauses sociales.

¹⁵² M-C. Renault, « Travailleurs détachés : Macron promet une réforme de fond » article publié dans *Le Figaro* le 2 juin 2017 et disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/06/02/20002-20170602ARTFIG00007-macron-promet-une-reforme-de-fond-sur-le-travail-detache.php> (consulté en juillet 2017)

Section 1 – Belgique, politique fédérale

Le gouvernement fédéral a pris de nombreuses initiatives en la matière, tant en vue de consolider l'aspect des considérations sociales par le biais de la lutte contre le dumping social dans la dernière loi relative aux marchés publics, que dans l'établissement de pratiques concertées avec les autres entités fédérées du pays ou dans un travail de définition et de mise en œuvre de la clause sociale.

§ 1 – Accord de coopération du 4 juillet 2000 et protocole du 18 juillet 2002

Le gouvernement fédéral a, dès 2000, entamé les démarches afin de veiller à la coordination des entités fédérées dans le cadre des politiques de l'emploi, via l'insertion des clauses sociales, l'accord de coopération de 2000 relatif à l'économie sociale entre les régions et la communauté germanophone mentionne en son article 13 le souhait d'étudier les moyens légaux d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics. Le protocole d'accord de 2002 entre l'Etat fédéral, les régions et la communauté germanophone en matière de clauses sociales dans les marchés publics passés par un organisme fédéral vise à garantir la coopération dans le cadre de l'insertion de clauses sociales (visant à mettre au travail des personnes inscrites au chômage ou demandeuses d'emploi) entre les offices régionaux de l'emploi¹⁵³. La complexité du système fédéral fait en effet courir des risques de contre-productivité dans le chef de politiques d'emploi menées dans ce cadre, il serait ridicule de réserver des places aux inscrits d'une région et pas d'une autre alors que les frontières politiques ne correspondent pas du tout aux bassins économiques.

§ 2 – Circulaire fédérale du 16 mai 2014

La circulaire « vise à mettre en place une politique d'achat public durable au niveau fédéral, à promouvoir l'intégration de clauses sociales et à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises (ci-après PME) aux marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales. Elle s'inscrit notamment dans le cadre du Plan d'action fédéral Marchés publics durables 2009-2011, dans lequel le gouvernement fédéral belge s'est rallié à l'objectif du Conseil européen et de la Commission européenne quant à l'intégration de 50 % de procédures d'achats durables pour l'ensemble des marchés publics fédéraux.

La circulaire s'intègre également dans la stratégie de relance du gouvernement de juillet 2012

¹⁵³ M. Martens et R. Dugailliez, « Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics : Opportunités et perspectives », Bruxelles environnement, 2006, disponible sur : (voir bibliographie), p. 7

en poursuivant l'objectif de développer une politique socio-professionnelle ambitieuse en remettant à l'emploi des personnes éloignées du marché du travail. »¹⁵⁴

On retrouve au sein de cette circulaire de nombreux objectifs à destination des pouvoirs adjudicateurs fédéraux :

- Atteindre 50% de marchés dits durables (suivi d'objectifs sociaux ou environnementaux)
- Analyser la procédure de passation la plus appropriée pour inclure des considérations sociales dans le cahier spécial de charges (art. 4,2°)
- Indiquer directement dans l'objet du marché qu'il est sujet à des exigences à caractère social ou environnemental, ce afin de les mettre en avant dès le commencement des procédures de passation

Enfin la circulaire propose une série d'exemples de marchés publics auxquels des clauses sociales pourraient être adjointes ainsi que deux clauses sociales « types »¹⁵⁵ afin de faciliter la charge de travail des pouvoirs adjudicateurs devant en insérer.

§3 – Loi du 17 juin 2016

Dans la dernière loi de 2016 relative aux marchés publics que nous avons déjà énoncée, le gouvernement fédéral belge a fait une priorité de la lutte contre le dumping social. Cette loi renforce considérablement le statut de la clause sociale. Comme nous l'avons précédemment énoncé le respect du droit du travail s'est vu porté en principe général des marchés publics (art.7) et de nombreuses clauses d'exclusions visent directement les entreprises « négrières » qui emploient des travailleurs illégaux (art. 67 Loi) ou qui ne paient pas leurs dettes fiscales et sociales (art. 62 Loi). Dorénavant le pouvoir adjudicateur *doit* aussi rejeter les offres qui laissent apparaître une violation du droit social ou du travail si elle est réprimée pénalement, et *peut* rejeter l'offre si la violation n'est pas sanctionnée pénalement (art. 66 de l'A.R. du 18 juin 2017)¹⁵⁶.

Ce qui est positif, selon nous, réside dans la prise de conscience du gouvernement que les marchés publics représentent une part significative de l'économie et donc, des possibilités de

¹⁵⁴ Préambule de la Circulaire fédérale du 16 mai 2014 - Intégration du développement durable, en ce compris les clauses sociales et les mesures favorisant les petites et moyennes entreprises, dans le cadre de marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales, *M.B.* le 21 mai 2014.

¹⁵⁵ En 3.1, une clause sociale type relative à la mise au travail et en 3.2 une clause sociale type relative à la formation de demandeurs d'emploi ou de groupes cibles.

¹⁵⁶ Gouvernement fédéral (.be) « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions » *guide disponible sur le site www.publicprocurments.be, 2017, pp. 6-7*

dumping social (surtout si on se base sur une approche d'attribution uniquement basée sur les prix), on peut y voir un souhait de l'Etat de ne pas être associé aux mauvaises pratiques et de montrer l'exemple. Pour autant le gouvernement belge ne semble pas faire preuve de naïveté et réalise que le dumping social est une réalité bien souvent discrète et que des mesures peuvent facilement être contournées, pensons à l'exemple d'un soumissionnaire faisant mine de vouloir réaliser les considérations sociales dans un marché public mais le sous-traite à une entreprise sans scrupules faisant employer des travailleurs à des salaires dérisoires mettant à mal toute concurrence.

« Dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. La limitation de la chaîne de sous-traitance pourrait donc largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction. »¹⁵⁷

Le gouvernement semble conscient que moraliser les marchés publics représente déjà une bonne part de la lutte contre le dumping social, bien qu'il y aussi lieu dans le secteur privé en grande partie. L'adjonction de considérations sociales aux marchés publics constitue dès lors un outil intéressant pour mener cette politique anti-dumping.

Enfin, il convient de mentionner l'exemption de nombreuses règles pour les marchés publics d'un montant inférieur à 30.000 euros qui échappent aux seuils de publication européenne. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander des offres sur base d'un simple e-mail et les attribuer en favorisant les entreprises d'économie sociale, tout cela n'exonère pas l'adjudicateur de ses obligations en termes de mise en concurrence, il doit être en état de prouver qu'il a comparé plusieurs offres. Le principe de respect du droit du travail, social et environnemental de l'article 7 de la loi de 2016 reste aussi d'application.¹⁵⁸

Section 2 – Belgique, Région Wallonne (RW)

Dès 1996 le gouvernement de la région wallonne s'est engagé dans des projets visant à favoriser l'insertion de clauses sociales, il a notamment lancé une expérience en vue de l'insertion de chômeurs dans le cadre de marchés publics de travaux¹⁵⁹, dont les modalités pratiques se trouvent dans un accord de gouvernement du 3 juin 1996 entre la Wallonie, la confédération de la construction wallonne, le fonds de formation professionnelle de la construction et le FOREM. Il fut par la suite reconduit avec le partenariat

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 20

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 23

¹⁵⁹ M. Martens et R. Dugailliez, « Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics : Opportunités et perspectives », Bruxelles environnement, 2006, disponible sur : http://www.environnement.brussels/sites/default/files/user_files/art_etopia_stimuler_performances_fr.pdf

de l'institut wallon de la formation en alternance, des indépendants et des petites et moyennes entreprises (IFAPME)¹⁶⁰.

§ 1 – Démarches entreprises pour inciter l'usage des clauses sociales

En 2001 tous les ministères furent chargés d'émettre des clauses sociales dans leurs marchés publics. De nombreuses initiatives furent prises en 2006/2007 et en 2011 mais la plus notable vit le jour avec la circulaire du 20 novembre 2013 quand le gouvernement wallon mit en place un réseau de facilitateurs chargé de coopérer avec les organes régionaux de formation et d'enseignement. Ce réseau élaborera de nombreux guides et vade-mecum afin d'aider les acteurs des marchés publics¹⁶¹. (ces facilitateurs se retrouvent dans l'annexe 5 du présent mémoire)

La région a aussi entrepris la rédaction de nombreux guides¹⁶² par elle-même ou indirectement par le biais d'ASBL (en particulier via SAW-B ou ESIMAP) afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à disposer d'informations suffisantes pour prendre connaissance de l'existence du mécanisme des clauses sociales et d'en faire un usage tant conforme à la loi qu'efficace.

Bien que le FOREM ne dispose pas des moyens suffisant de contacter et d'informer tous les adjudicateurs, les résultats sont très encourageants, on parle de 50% de stagiaires engagés après la réalisation de prestation dans le cadre d'une clause sociale sur un marché public¹⁶³. Début 2000 un rapport de la C.I.E.R.I.E.C. (Université de Liège) a fait le bilan des expériences alors engagées pour former des personnes au travail sur chantier via les clauses sociales, il semble en ressortir qu'une partie importante des personnes ayant bénéficié du processus a pu trouver un emploi stable grâce à celui-ci¹⁶⁴. Il semble donc que les politiques menées aient porté leurs fruits dès le départ et que cela ait encouragé les autorités à continuer à légiférer dans ce sens, même si nous verrons qu'elles ont peut-être été trop loin et que c'est devenu contreproductif...

Pour finir, il semble que les principaux adjudicateurs soient favorables à l'insertion des clauses sociales et qu'ils soient généralement conscients de leurs effets bénéfiques, néanmoins ils ne

¹⁶⁰ Région wallonne, « Intégration de clauses Environnementales, Sociales et Ethiques (clauses ESE) dans les marchés publics », *Note de cadrage juridique à l'attention des praticiens des marchés publics du SPW*, 2013, p.5

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 6

¹⁶² *Ibid. Ainsi que* : Région Wallonne « Les clauses sociales dans les marchés de travaux – Bâtiment », *Guides méthodologique du SPW*, 2015, disponible sur : <http://guidedesachatsdurables.be/fr/social/litterature-considerations-sociales>

¹⁶³ *Ibid.*, p. 9

¹⁶⁴ J. Noël, « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux, un arrêt étonnant de la Cour de Justice des communautés européennes » J.T., 2001, pp. 561

semblent pas enclins à une obligation générale d'en mettre dans tous marchés et doutent même de la faisabilité juridique d'une telle mesure, au regard du droit européen notamment¹⁶⁵.

Section 3 – Belgique, Région de Bruxelles-Capitale (R.B-C.)

La Région de Bruxelles-Capitale s'est pour sa part montrée très tôt volontariste en la matière¹⁶⁶ et impose depuis de nombreuses années (1999) l'adjonction de clauses sociales en tant que critère d'exécution des marchés qu'elle commande, forçant d'emblée les soumissionnaires à insérer un public cible défavorisé dans le marché du travail.

§ 1 – Circulaire du 22 avril 1998

Cette circulaire permet l'insertion d'une clause sociale pour les marchés publics de travaux passés par l'administration régionale, les organes para-régionaux et les communes pour les travaux subsidiés à Bruxelles. Malgré son caractère obligatoire elle s'est avérée peu praticable et lorsqu'elle l'était, a causé des effets pervers tels que la mise au chômage technique d'employés déjà présents pour faire place aux stagiaires envoyés par ACTIRIS (ex ORBEM)¹⁶⁷.

§ 2 – Arrêté du gouvernement bruxellois du 22 avril 1999

Cet arrêté du gouvernement bruxellois a subordonné l'attribution de marchés publics d'une certaine importance (30 millions de francs à l'époque) à l'emploi de personnes inscrites au chômage dans le cadre de leur réalisation. La clause sociale alors insérée dans le cahier spécial des charges était encore une condition d'exécution du marché avec les conséquences que l'on a énumérées précédemment. Au vu des interviews que nous avons pu nous procurer, il semble que les entreprises aient fortement ressenti les conséquences de cet arrêté¹⁶⁸, c'est le signe qu'il a été concrètement mis en œuvre.

Seul l'office régional de l'emploi (aujourd'hui ACTIRIS) pouvait présenter des candidats aux soumissionnaires qui devaient alors opérer un choix pour ces postes réservés aux chômeurs¹⁶⁹. Selon P. Thiel cette dernière exigence – l'inscription à l'Office régional de l'emploi – soulève

¹⁶⁵ Moreau (M.), « Clauses sociales et environnementales dans les marchés publics : l'Union [des villes et communes wallonnes] est favorable à une sensibilisation générale des communes mais s'interroge quant à la validité juridique d'une imposition pure et simple », *Mouv. comm.*, 2008, liv. 10, 468-469.

¹⁶⁶ R. Dugailliez et al. sous la dir. de Bodson (J-L.) « marchés publics et clauses sociales, le pari gagnant des adjudicateurs bruxellois », vade mecum de l'ASBL SAW-B, p.4, disponible sur http://www.sawb.be/Mapu/Docs%20en%20ligne/FR_mapu_WEB.pdf (consulté en juin 2017)

¹⁶⁷ *Guides méthodologique du SPW, op.cit.*, P.9

¹⁶⁸ Annexes 2 et 3

¹⁶⁹ P. Thiel, *mémento, op.cit.* 2016, p. 968

des questions dans le cadre de la jurisprudence *Beentjes* quant au caractère potentiellement discriminatoire pour les entreprises situées dans d'autres Etats membres¹⁷⁰.

§ 3 – Ordonnance du 8 mai 2014

Cette ordonnance a eu pour dessein de synthétiser, pérenniser et développer l'usage – déjà fréquent – de la clause sociale à Bruxelles. En plus de formellement autoriser les pouvoirs adjudicateurs bruxellois à faire usage de clauses sociales en tant que critères de sélection, d'attribution ou d'exécution, elle admet aussi la possibilité d'en adjoindre à tout octroi de subsides lorsque la région agit en qualité d'autorité subsidiaire. L'ordonnance informe des types de clauses sociales pouvant être utilisées ainsi que des types de marchés sur lesquels elles peuvent s'appliquer avec efficacité. Elle finit par catégoriser et citer les pouvoirs adjudicateurs concernés par le mécanisme¹⁷¹. L'ordonnance exige des pouvoirs adjudicateurs bruxellois qu'ils tiennent un tableau reprenant les statistiques de l'utilisation de clauses sociales dans leurs marchés publics et de leur respect par les soumissionnaires. Enfin il est question de sanctions, les pouvoirs adjudicateurs ne respectant pas ces obligations risquent de se voir privés de l'octroi futur de subsides, sauf à corriger les manquements dans un délai imparti, si besoin avec l'aide des services compétents¹⁷².

§ 4 – Pôle « clauses sociales » visant à aider les adjudicateurs¹⁷³

Le gouvernement de la région bruxelloise s'est, comme nous l'avons dit, montré très entreprenant et a mis en place un « pôle clauses sociales » constitué de fonctionnaires dédiés exclusivement au conseil des pouvoirs adjudicateurs afin de les aider à mettre en place des clauses sociales (puisque c'est obligatoire en région bruxelloise). C'est une initiative très intéressante car les pouvoirs adjudicateurs se plaignaient fréquemment de manquer de temps ou d'effectifs formés à leur insertion. (*cf. supra*, manque de moyens en Wallonie)

Ce pôle fait partie de l'office régional bruxellois pour l'emploi, ACTIRIS, il a donc l'avantage de pouvoir mettre en contact les groupes cibles visés par les clauses sociales comme les demandeurs d'emploi ou les chômeurs de longue durée avec les soumissionnaires concernés par une clause d'insertion ou de formation, cela facilite grandement le travail de tout le monde.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 969

¹⁷¹ J-F. Brouwet « l'ordonnance du 8 mai 2014 » disponible sur le site de la région : www.clausesocialebruxelles.be

¹⁷² Ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics, M.B. 17 juin 2014

¹⁷³ Dont fait partie S. Leclercq que nous avons pu contacter

Des entreprises confrontées¹⁷⁴ aux clauses sociales en région bruxelloise ont confiées être plutôt satisfaites de la façon dont les pouvoirs adjudicateurs travaillent et communiquent avec leurs soumissionnaires, gageons que cela est dû aux services qui leurs sont offerts et les secondent.

Section 4 – Conclusions sur la gestion des clauses sociales

En Belgique c'est l'Etat fédéral qui a la compétence des marchés publics, néanmoins les régions sont compétentes pour mettre en œuvre des mesures relatives à ceux-ci dans le respect de ce que le fédéral a déjà édicté, au final ce sont elles qui mettent en œuvre les clauses sociales de manière plus ou moins avancée selon la volonté politique des gouvernements.

La région bruxelloise semble être celle qui se distingue le plus dans la gestion efficace et proactive des clauses sociales, sans doute à cause de son taux de chômage le plus élevé du pays et constitué principalement de jeunes sans formation. La clause sociale semble être un outil intéressant aux yeux d'ACTIRIS qui collabore activement avec les pouvoirs adjudicateurs pour leur envoyer des stagiaires dans le cadre de la réalisation de clauses d'insertion ou de formation.

La région wallonne n'est pas moins volontariste en la matière mais il semble que les autorités adjudicatrices soient moins entourées et conseillées, le manque de moyens semble plus fort qu'à Bruxelles. De nombreux fonctionnaires en charge des marchés publics n'en ont juste pas le temps, malgré les notes d'information qu'ils reçoivent forcément (*cf supra*. Le manque de moyens de l'ONEM).

Au sujet des modifications de la dernière loi de 2016, un avocat contacté par nos soins nous a fait part de son avis. Selon lui ce n'est pas forcément une bonne chose car elle opère un report de la responsabilité de vérifier la conformité au droit social (nouveaux critères de sélection) des soumissionnaires depuis les institutions centrales vers les pouvoirs adjudicateurs, déjà démunis face à la charge que représentent les clauses sociales. Il pense que cela devrait être du ressort d'institutions telles que l'ONSS de vérifier que les entreprises ne pratiquent pas de prix trop bas « louches » ou sont en ordre de paiement de leurs impôts et charges sociales. Les pouvoirs adjudicateurs étant déjà trop surchargés que pour insérer les clauses, comment en plus espérer qu'ils puissent précéder à de telles vérifications ?¹⁷⁵. Il est encore trop tôt pour évaluer les conséquences de cette nouvelle législation mais malgré le renforcement du statut des clauses sociales et le souhait d'en faire un usage plus fréquent, on peut difficilement espérer que les choses s'améliorent dans la pratique vu la surcharge de travail que cela fait reposer sur les

¹⁷⁴ Annexes 2 et 3

¹⁷⁵ Avis de l'avocat M.V. présent dans les annexes, annexe 1

épaules des adjudicataires. Il faudrait plus d'actions concrètes, plus de financements et moins de communications sur de lois impossibles à faire appliquer par leurs destinataires.

Chapitre 2 : Autres moyens d'exécuter des considérations sociales dans un marché public

Il semble possible d'arriver aux mêmes objectifs sans recourir à l'insertion même d'une clause de formation ou d'insertion dans un marché public. Il existe aussi de nouvelles possibilités qui sont apparues pour faciliter le recours aux clauses sociales, quelles sont-elles ?

Section 1 – Réserve du marché à une entreprise d'économie sociale

Dès 1993 la loi belge a permis de recourir à la réserve de la participation aux marchés publics en faveur d'entreprises d'économie sociale (EES ci-après), ce bien avant la directive de 2014 relative aux marchés publics qui porta le principe au niveau européen¹⁷⁶.

L'article 18bis, §2 de la loi du 24 décembre 1993¹⁷⁷ prévoit, dans les cas où le seuil de publication européen n'a pas été atteint, que le pouvoir adjudicateur puisse – sous réserve de respect du droit européen – réserver l'accès au marché à des entreprises d'économie sociale¹⁷⁸. Cela peut avoir lieu dans le respect du prescrit du droit européen, prohibant toute discrimination basée sur la nationalité, il est en effet possible de retenir des entreprises provenant d'autres Etats membres et correspondant à la définition belge d'entreprise d'économie sociale contenue dans l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi. Dans un document des « questions-réponses » de la Commission européenne¹⁷⁹, cette dernière rejette par contre l'hypothèse de réserver l'accès au marché à un entreprise sans but lucratif, ce qui écarte donc les ASBL belges. La commission précisa toutefois que certaines exceptions peuvent être tolérées dans le droit interne dans le cadre de l'accomplissement de certains objectifs sociaux poursuivis par le système de sécurité sociale en faisant référence à l'arrêt C-70/95 du 17 juin 1997, dont l'enseignement est que « Les articles 52 et 58 du traité CE ne s'opposent pas à ce qu'un État membre permette aux seuls opérateurs privés ne poursuivant pas de but lucratif

¹⁷⁶ Correspondance avec Mr Cooreman, consultant chez FaSeOut (Annexe 3)

¹⁷⁷ Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B. du 22 janvier 1994.

¹⁷⁸ P. Thiel, *Mémento des Marchés Publics et des PPP*, op.cit., 2016, p.963

¹⁷⁹ Commission Européenne, *Questions-Réponses sur l'application des règles « marchés publics » aux services sociaux d'intérêt général – document accompagnant la Communication intitulée « les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement pour l'Europe »*, Sec. (2007)1514/03

de concourir à la réalisation de son système d'assistance sociale par la conclusion de conventions qui donnent droit au remboursement par les autorités publiques des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire »¹⁸⁰.

En Belgique les entreprises de formation par le travail (E.F.T.), les entreprises d'insertion (E.I.) et les entreprises de travail adapté (E.T.A.) rentrent dans la catégorie « économie sociale » de l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 et peuvent être visées par le mécanisme de réservation.

Cette réservation, pour ce qui concerne les ateliers protégés (employant un personnel dit handicapé) est aussi reprise dans l'AMP de l'OMC de 1994 (*cf. supra*).

Dans la loi de 2006 relative aux marchés publics, l'article 22 permettait déjà le principe de la réservation de la participation à un marché public à des entreprises de travail adapté ou des ateliers protégés, ainsi que, lorsque le marché dont il était question se situait sous les seuils européens, à des entreprises d'économie sociale d'insertion (E.I.). la réservation restant sans incidence sur les règles classiques de passation et de l'exécution des MP concernés¹⁸¹ (mise en concurrence et publicité éventuelle).

Quant à la nouvelle loi de 2016 relative aux marchés publics, elle traite de la réservation aux entreprises d'économie sociale en son article 15. Elle offre une définition plus englobante et permet la réservation à l'avantage d'un plus large éventail d'opérateurs économiques, notamment à tout programme d'emploi protégé ainsi que toute entreprise employant au moins 30% de personnel défavorisé ou handicapé¹⁸².

Art. 15. Un adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, réserver l'accès à la procédure de passation à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou réserver l'exécution de ces marchés dans le cadre de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins trente pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

La loi fait aussi passer le seuil des MP dit « de faible montant » de 8.500 à 30.000 euros, ce fut une bonne initiative pour permettre aux adjudicateurs de favoriser les entreprises d'économie sociale (EES), ne devant dès lors plus procéder à la publicité officielle belge ou européenne.

Art. 162. Les marchés publics visés à l'article 94, alinéa 1er, 1°, dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros sont uniquement soumis :

¹⁸⁰ C.J.U.E. 17 juin 1997, C-70/95 cité par : P. Thiel, *mémento MP & PPP, op.cit.*, p. 964

¹⁸¹ Y. Cabuy « la réservation de marché » *le coin du juriste*, disponible sur le site :

www.clausesocialebruxelles.be (consulté en juin 2017)

¹⁸² K. Eryvn, *op.cit.*, p. 26

1° aux dispositions du titre 1er, à l'exception des articles 12 et 14;

2° aux dispositions relatives au champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* visé au chapitre 1er du titre 3. Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée.

Des mentions particulières doivent être présentes dans le cahier spécial de charges ainsi que dans l'avis de marché afin que les candidats sachent quelles sont les exigences de l'adjudicateur, les documents à fournir et les éventuelles agrégations à obtenir (e.g. celle d'atelier protégé)¹⁸³.

Section 2 – Réserve partielle du marché à une entreprise d'économie sociale

À défaut de réserver le marché entièrement, on peut dans une moindre mesure réserver une partie de ce marché. Cela a l'avantage de ne pas exclure toute une série de soumissionnaires n'appartenant pas à la catégorie EES¹⁸⁴. Ainsi une partie seulement du marché public sera exécutée par une EES alors que le reste pourra être presté par un soumissionnaire classique privé. C'est souvent fait en enjoignant le soumissionnaire, via une clause contractuelle, à faire sous-traiter une partie de sa prestation par une EES.

Me Jaminet que nous avons pu contacter nous a confié que la réservation d'une partie du marché, en enjoignant par exemple le soumissionnaire de faire sous-traiter une partie de son ouvrage à une EES, est beaucoup plus utilisée que la réservation entière du marché. Cet avocat spécialisé dans les clauses sociales est en contact régulier avec les facilitateurs d'insertion des clauses sociales, ce qui lui permet de dresser ce constat quant à leur faible utilisation. Il nous a aussi fait part du fait que les adjudicateurs tendent plutôt à faire usage de la procédure négociée sans publicité – ce qui n'est possible que sous certains seuils – afin de contacter directement les EES qu'ils souhaitent sans trop devoir effectuer de formalités.

Section 3 – Allotissement facultatif ou obligatoire

Malgré la surcharge de travail administratif que revêt une telle partition des marchés publics, il semble que l'allotissement compense les coûts supplémentaires qu'il engendre. Il permet effectivement aux soumissionnaires sociaux de ne pas passer dans les catégories de prix nécessitant une agrégation, de cibler les soumissionnaires et de ce fait mène qualitativement à une compétition meilleure¹⁸⁵ et accessible aux « petits » acteurs sociaux ou privés.

¹⁸³ Région Wallonne « Les clauses sociales dans les marchés de travaux – Bâtiment », Guides méthodologique du SPW, 2015, p. 13, disponible sur : <http://guidedesachatsdurables.be/fr/social/litterature-considerations-sociales>

¹⁸⁴ SPP Intégration sociale, « Guide pédagogique et juridique des clauses sociales en Belgique », 2013, p. 40, disponible sur : http://clausesocialebruxelles.be/IMG/pdf/guide-clauses-sociales_fr.pdf

¹⁸⁵ À cet égard, voy. Annexe 4 où une EES indique ne pas avoir les capacités de répondre aux offres

En plus de faciliter l'accès d'entreprises d'économie sociale, cela facilite indirectement l'accès des très petites, petites et moyennes entreprises (TPE/PME) qui sont, de fait, confrontées aux mêmes difficultés (*e.g.* besoin d'agrégation au-dessus de certains montants). Enfin, dans certains cas, les directives européennes ont fait plus que prôner l'allotissement, il est obligatoire¹⁸⁶. Cette exigence est reprise dans la loi de 2016 relative aux marchés publics, en effet l'article 58 impose aux adjudicateurs d'envisager l'allotissement pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen, s'il n'est pas procédé à l'allotissement, l'adjudicateur doit alors justifier son choix.

Une règle à absolument garder en tête pour les adjudicateurs est qu'il ne peut être fait recours au procédé de l'allotissement dans le simple but d'éluder les règles européennes de publicité, un ensemble économique comme une construction ne saurait par exemple être scindée en tranches pour éviter sa publication. Il ne saurait être question de « saucissonnage » du marché public à des fins d'éviter la concurrence ou de passer sous les seuils nécessitant l'intervention de l'inspection des finances, cela peut mener à des poursuites pour faux en écritures à l'encontre de l'adjudicateur¹⁸⁷.

Section 4 – Usage de labels

Avec la dernière directive 2014/24/CE les pouvoirs adjudicateurs ont désormais le droit d'insérer des labels dans leur cahier spécial des charges pour que les soumissionnaires soient informés des caractéristiques d'ordre environnemental (et autres) que les adjudicateurs recherchent. Que ce soit quant aux spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché public, il faut toujours que ces labels¹⁸⁸ :

- Aient un **lien** avec l'objet du marché et définissant les caractéristiques des services
- Soient fondés sur des **critères vérifiables**, de façon **objective** et non-discriminatoire
- Soient ouvert à tous
- Soient fixés par un organe **indépendant** du soumissionnaire

Cette possibilité a grandement facilité le travail des adjudicateurs, qui dans le passé¹⁸⁹, devaient reprendre un à un les éléments des labels auxquels ils souhaitaient faire référence dans le cadre de leurs marchés. La charge de travail nécessaire pour réaliser le cahier des charges s'en retrouvée fort allégée. Le recours à des labels, tel que celui de *Max Havelaar*, avait posé

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 22

¹⁸⁷ P. Thiel, *mémento, op.cit.*, p. 279

¹⁸⁸ Art. 54 §3 de la loi du 17 juin 2016 transposant l'art. 43 de la directive 2014/24/CE

¹⁸⁹ C.J.U.E. 10 mai 2012 (Commission c. Etat des Pays-Bas), C-368/10 (affaire « Max Havelaar »)

problème dans le passé¹⁹⁰, cette nouveauté de la directive permet de résoudre la question en autorisant explicitement le recours au label.

Chapitre 3 : Quelles leçons retenir de la mise en œuvre qui a été faite des clauses sociales, quelles pistes d'avenir possibles ?

Section 1 – Risque de contre productivité

Malgré l'intention louable des autorités qui souhaitent tantôt diminuer le taux de chômage, tantôt faciliter la formation de certains groupes cibles défavorisés, ces réformes n'ont pas toujours eu l'effet escompté. Dans le cadre des clauses d'insertion et de mise à l'emploi il y a un réel risque de mise au chômage de personnel travaillant déjà dans les entreprises devant se conformer à une clause de ce type. Cela semble presque surréaliste mais il est tout fait possible que la conséquence soit de créer du chômage « à droite » pour créer de l'emploi « à gauche ». Un entrepreneur interrogé¹⁹¹ par ACTIRIS soulignait la nécessité pour les adjudicateurs de très bien calibrer les clauses sociales afin qu'elles ne soient pas trop lourdes face à l'ampleur du marché et la taille des sociétés sous contrat, sous peine d'arriver à des effets plus néfastes que bénéfiques pour leur politique d'emploi.

Section 2 – Manque de moyens dans le chef des adjudicateurs

On ne le dira jamais assez, tous les guides et facilitateurs possibles et imaginables que les autorités ont pu créer ne suffiront jamais à libérer le temps qui manque à certains pouvoirs adjudicateurs. Déjà surchargés, certains n'ont ni le temps ni la possibilité d'insérer de clauses sociales (et autres) dans leurs avis de marché. Bien que les pouvoirs publics se soient montrés relativement entreprenants pour informer et former à propos des clauses durables (sociales, environnementales et éthiques), il faut aussi qu'ils donnent les moyens concrets pour réaliser les objectifs qu'ils fixent¹⁹². La réforme de 2016 ne va pas du tout dans ce sens et alourdi encore plus le travail des adjudicateurs (avis de Me Vanderstraeten e.a.).

C'est pour cette raison que jamais l'on ne devrait rendre obligatoires les clauses sociales, cette idée semble tentante mais relève plutôt de l'utopie, tout marché public ne s'y prête pas

¹⁹⁰ A. Jaume, *op.cit.*, p. 251

¹⁹¹ Annexe 2

¹⁹² M. Cooreman, « le dumping social, de quoi parle-t-on ? » *inédit*, disponible sur : <https://www.linkedin.com/pulse/dumping-social-de-quoi-parle-t-on-marc-cooreman> (consulté en aout 2017)

forcément. Une approche au cas par cas semble bien plus judicieuse¹⁹³, voire un système de quotas similaire à ce qui a été fait en région de Bruxelles-Capitale.

Section 3 – Obligations excessives dans le chef des adjudicateurs

La dernière loi de 2016 relative aux marchés publics semble avoir été guidée par le désir du gouvernement fédéral de lutter contre le dumping social, lequel mine clairement notre économie, est-ce pour autant la fonction des clauses sociales de mener cette lutte ?

Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Rüffert* une clause sociale instaurant un salaire minimum est effectivement un bon moyen de désintéresser les entreprises qui proposent des prix anormalement bas en faisant travailler des ouvriers sous les seuils salariaux du lieu d'exécution. Il n'en reste pas moins que les adjudicateurs ont besoin de respecter des conditions procédurales très strictes afin de ne pas enfreindre la directive dite *travailleurs détachés* avec des telles clauses, sous peine de voir leur décision d'attribution annulée par la Cour de Justice.

La réponse de la Cour dans l'affaire *RegioPost* nous enseigne que toute clause sociale n'est valide que si elle respecte les conditions de forme (le type de réglementation l'imposant) et de fond (si la prestation est réalisée sur le territoire) de la *directive travailleurs détachés*. Notons qu'à l'heure actuelle il existe un souhait de faire modifier la directive dans des pays comme la France. En attendant la clause sociale respectant la jurisprudence européenne semble être un moyen tout à fait censé pour lutter contre certaines formes de dumping social, au moins au sein des marchés publics, qui sont tout de même assez symboliques et pourraient être plus exemplaires dès lors qu'ils sont financés par l'Etat.

Dans son guide relatif à la lutte contre le dumping social le gouvernement fédéral indique que les nouvelles règles relatives aux conditions de sélection dans les marchés publics doivent être respectées afin de déceler tout soumissionnaire pratiquant du dumping social. Un indice permettant de déceler cette pratique consiste dans l'offre d'un prix *anormalement* bas. Me Vanderstraeten nous a indiqué, à ce sujet, ses craintes quant à la charge de travail supplémentaire que cela ferait reposer sur les épaules des pouvoirs adjudicateurs déjà débordés. Selon lui ce travail d'inspection sociale devrait plutôt être du ressort d'institutions centrales de lutte contre la fraude sociale comme l'ONSS et ses inspecteurs¹⁹⁴. Les pouvoirs adjudicateurs

¹⁹³ M. Moreau, « Clauses sociales et environnementales dans les marchés publics : l'Union des villes et communes wallonnes est favorable à une sensibilisation générale des communes mais s'interroge quant à la validité juridique d'une imposition pure et simple », *Mouv. comm.*, 2008, liv. 10, p. 469

¹⁹⁴ En ce sens également : M-L. Van Rillaer, « Lutte contre le dumping social: l'UVCW sollicite une solution européenne », *Union des villes et communes de Wallonie*, 2017, p.2, disponible sur www.uvcw.be (consulté en août 2017)

ne disposent pas toujours des moyens humains et financiers nécessaires pour, par exemple, établir ce qu'un prix anormalement bas.

Section 4 – Quelles pistes d'avenir ?

Il semble permis de dire que les autorités publiques ont réellement pris conscience de la capacité et de l'utilité des clauses sociales pour mener des politiques sociales ou lutter contre le dumping social qui sévit en Europe¹⁹⁵, cette thématique va pousser à plus recourir aux clauses sociales. En 2015, le ministre Bruxellois D. Gosuin publiait un communiqué¹⁹⁶ faisant état de la prise de conscience par le gouvernement du fléau que constitue le dumping social. Il notait, d'une part, la nécessité de renforcer la législation sur les clauses sociales comme outil anti-dumping et d'autre part, la nécessité de lancer une formation des acteurs dans le cadre des marchés publics pour les sensibiliser aux profils « à risque » de certains soumissionnaires. Cela pourrait répondre aux craintes qu'émettent certains¹⁹⁷ quant à la capacité des pouvoirs adjudicateurs à surmonter la nouvelle charge de travail et déceler les potentiels ou ex-fraudeurs.

La lutte contre le dumping social va probablement être un facteur de recrudescence du recours aux clauses sociales, il semble permis de dire que les pouvoirs publics ont fait le lien et compris la nécessité de se porter en exemple. Le renforcement des critères de sélection relatifs au passif social et fiscal des entrepreneurs dans la passation des marchés publics de la nouvelle loi *marchés publics* est l'illustration de cette nouvelle tendance. Me Vanderstraeten que nous avons pu contacter¹⁹⁸ nous a partagé son avis à cet égard et expliqué que malgré la surcharge de travail que cela va créer, une bonne chose est d'avoir créé un pont entre les pouvoirs adjudicateurs et l'administration centrale, ONSS notamment, afin que celle-ci soit mise au courant des comportements suspects (e.g. prix anormalement bas) qui pourraient être constatés dans le chef d'un soumissionnaire. Un autre constat alarmant nous est parvenu de Me Jaminet, il est demandé aux adjudicateurs de contrôler les aspects du passif social, fiscal voire criminel des candidats, mais comment faire pour les entreprises étrangères sans fichier commun européen ?

¹⁹⁵ J-F. Jaminet, « Les marchés publics comme outil dans la lutte contre le dumping social », *Jaarboek Overheidsopdrachten 2015/2016 - Chronique des marchés publics 2015-2016*, p. 4

¹⁹⁶ Région de BXL-Capitale, « lutte contre le dumping social, la passation des marchés publics désormais mieux encadrée », Communiqué de presse du Gouvernement Bruxellois.

¹⁹⁷ Annexe 3

¹⁹⁸ Annexe 3

D'autres mesures positives furent récemment prises, tel que le remboursement au soumissionnaire des coûts engendrés par une clause de formation et la possibilité de la prendre en compte pour le temps qu'elle a pu faire perdre à ce dernier s'il est astreint à des pénalités¹⁹⁹.

Il semble que le développement futur des clauses sociales se fera plus autour de la clause de formation que de celle d'insertion. La Région Wallonne s'est inscrite dans cette tendance et la Région Bruxelloise semble encline à la suivre pour ne pas avoir trop de disparités au niveau national²⁰⁰. C'est aussi dû au fait que les clauses de formation sont moins coûteuses à mettre en œuvre, un stagiaire ne coûtant que très peu ou rien, il suit un travailleur expérimenté. La clause de formation entraîne aussi moins de soucis du côté de la concurrence, elle est plus facilement accessible à des entreprises étrangères (pas de besoin d'engager un chômeur belge)²⁰¹.

Enfin, tous les acteurs contactés semblent s'accorder sur le fait que l'inflation galopante de modèles de clauses sociales (émis à tous les niveaux de pouvoir) tend à induire les adjudicateurs en erreur sur ce qu'ils peuvent faire, une harmonisation est vraiment nécessaire.

L'action politique a été prise pour correctement informer les pouvoirs adjudicateurs, jusque dans la plus petite commune de Wallonie, on a entendu parler de la clause sociale. Maintenant ce qu'il faudrait, ce serait de former ces pouvoirs adjudicateurs pour qu'ils puissent concrètement la mettre en œuvre²⁰².

¹⁹⁹ Me Vanderstraeten, annexe 1

²⁰⁰ Selon S. Leclercq, cf. annexe 5

²⁰¹ Selon Me. Jaminet, annexe 6

²⁰² *Ibid.*

Conclusion

La possibilité d'adjoindre des clauses sociales aux marchés publics afin de lutter contre le dumping social ou de résorber le nombre de demandeurs d'emploi et de chômeurs semble si attrayante aux gouvernements que tous – même les partis plutôt « libéraux »²⁰³ – semblent favorables à la consolidation du statut de la clause sociale. Les marchés publics représentent une part non négligeable (16%) du PIB européen et de ce fait, ils constituent une force de levier formidable qui peut servir à l'accompagnement de politiques aussi bien sociales qu'environnementales ou éthiques. C'est aussi d'une certaine manière un pont vers le privé, une façon pour le pouvoir politique de faire usage d'incitants économiques parfois plus efficaces que des lois, plus facilement contournables.

Il semble plus que justifié d'inscrire des critères servant l'intérêt général au sein de marchés publics, car ceux-ci sont financés par les citoyens et devraient servir leurs intérêts. Malgré la beauté de l'idée, de nombreux obstacles juridiques et techniques se sont dressés et se dressent encore devant les clauses sociales.

Si l'on dressait une typologie des clauses sociales, on en trouverait au moins trois grandes variétés : celles visant l'insertion socio-professionnelle, celles visant un mode de formation et celles visant le respect de conditions minimales de travail. Les deux premières catégories semblent beaucoup moins sujettes à controverse que la dernière.

En effet, la jurisprudence de la CJUE s'est principalement braquée sur les clauses instaurant un salaire minimum et a tenu une ligne interprétative axée sur la concurrence, faisant fi des objectifs sociaux des traités européens. Le débat au sein de la jurisprudence européenne s'est principalement situé dans le conflit opposant les libertés économiques et les libertés fondamentales. Ce débat a fortement penché en faveur des libertés économiques dans de nombreux arrêts. Pourtant le traité de Lisbonne a permis de renforcer les libertés fondamentales en faisant entrer dans l'ordre juridique européen de nombreux principes sociaux et droits fondamentaux, notamment par le biais de la charte des droits fondamentaux de l'U.E. De plus, rien n'indique dans les traités que certaines libertés devraient primer sur les autres, il semble plutôt en ressortir qu'elles se situent à tout le moins sur un pied d'égalité.

²⁰³ Le gouvernement belge MR-NvA-CDnV-Vld lors de sa réforme de la loi relative aux marchés publics de 2016, conforte le statut de la clause sociale et la voit même comme un moyen de lutte contre le dumping social

L'arrêt *Rüffert* avait semé le doute quant à la possibilité d'insérer des clauses sociales dans un marché public, il apparaît néanmoins de l'arrêt *RegioPost* que le suivi du prescrit procédural de la directive 96/71/EC dite *travailleurs détachés* permet d'accepter la considération sociale comme critère d'attribution et de défendre une politique de salaire minimum. L'obstacle aux libertés économiques que la Cour a pu voir en la clause sociale a été justifié dans l'arrêt *RegioPost*, il semble que les clauses sociales soient désormais admises, tant par les traités que la jurisprudence luxembourgeoise.

Le prochain obstacle qui se dressera sur le chemin de la clause sociale sera peut-être situé en dehors du droit européen mais au sein d'accords internationaux relatifs aux marchés publics comme ceux conclus sous l'égide de l'OMC, du CETA ou du TTIP ?

Nous ne pouvons que constater que de grandes campagnes d'information ont été menées tant au niveau fédéral que régional et que des organes furent créés pour informer et inciter les pouvoirs adjudicateurs à faire usage des clauses sociales. Un renforcement des moyens pour les mettre en œuvre, principalement en Wallonie au FOREM, est plus que souhaitable. Il serait aussi peut-être temps de former les adjudicateurs au lieu de simplement les informer²⁰⁴. C'est la région bruxelloise, avec son obligation d'adjoindre des clauses sociales à toute une série de marchés publics d'un certain montant, qui s'est montrée la plus entreprenante. Néanmoins, dans la plupart des autres politiques menées, il fut uniquement question d'une obligation d'*envisager* l'insertion de la clause sociale et non d'une obligation de l'adjoindre au marché public²⁰⁵.

Nous pensons que les clauses sociales sont désormais généralement acceptées et que leurs effets ont été largement reconnus comme étant bénéfiques par de nombreux acteurs du terrain et par des études²⁰⁶ que nous avons pu consulter durant la rédaction de ce travail. L'avenir leur semble prometteur, tant en raison de l'insertion du nouveau principe général de respect du droit social et du travail dans la réglementation belge des marchés publics, qu'en raison de leur utilisation croissante par le gouvernement, qui semble vouloir en faire un instrument de lutte contre le dumping social. Tout cela devrait en toute logique relancer l'attrait qu'elles suscitent déjà au sein de nombreuses autorités publiques, administrations et pouvoirs adjudicateurs. Mis à part certains risques de contre-productivité quand les clauses sont mal calibrées, elles ont réellement mené à une amélioration du statut des personnes ayant pu bénéficier du mécanisme.

²⁰⁴ Idée avancée par Me Jaminet, annexe 6

²⁰⁵ Selon une représentante d'ACTIRIS, annexe 4

²⁰⁶ Nous pensons en particulier à celle menée par le C.I.E.R.I.E.C., citée par J. Noël, les nombreux articles de SAW-B ou les rapports et enquêtes d'ACTIRIS (dont une en annexe 3)

Nous gageons que les clauses sociales ont un réel impact en termes de politique sociale et pensons que les marchés publics, avec leur pouvoir de levier majeur dans l'économie européenne, se doivent de servir l'intérêt général.

Bibliographie

I - Législation

1) Européenne

- Traité sur l'Union Européenne (TUE), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.*, 26 octobre 2012 (version consolidée)
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.*, 26 octobre 2012 (version consolidée)
- Charte des Droits Fondamentaux de l'U.E., signée le 12 décembre 2012 à Strasbourg, *J.O.*, 26 octobre 2012 (version consolidée)
- Directive 2014/24/UE CE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.*, 28 mars 2014.
- Directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.*, 30 avril 2004
- Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *J.O.*, 9 août 1993
- Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.*, 21 janvier 1997

2) Belge

- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.* 14 juillet 2016, *E.E.V.* le 30 juin 2017 pour les secteurs classiques.
- Loi du 17 juin 2013 relative à relative à relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. *M.B.* 28 juin 2013. Texte coordonné au 20 décembre 2013 ; tel que modifié par la loi du 4 décembre 2013, *M.B.* 20 décembre 2013
- Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* 15 février 2007
- Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* du 22 janvier 1994.
- Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs
- Ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics, *M.B.* 17 juin 2014
- Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.* 09 mai 2017

- Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.* 14 février 2013 – version consolidée au 22 mai 2014 , tel que modifié par l'arrêté royal du 22 mai 2014, *M.B.* 30 mai 2014
 - Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.* 09 août 2011 – version consolidée au 1er janvier 2016
 - Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles Capitale du 22 avril 1999 imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public, *M.B.*, 9 septembre 1999
 - Accord de coopération relatif à l'économie sociale avec les Régions et la Communauté germanophone (loi du 26 juin 2001), *M.B.*, 21 mai 2014
 - Protocole d'accord du 18 juillet 2002 entre l'Etat fédéral et les Régions et la Communauté germanophone en matière de clauses sociales dans les marchés publics passés par un organisme fédéral, *M.B.*, 3 octobre 2002
 - Circulaire du 4 octobre 2012 relative aux clauses sociales dans les marchés publics (région de Bruxelles-Capitale.), *M.B.* 5 décembre 2010
 - Circulaire fédérale du 16 mai 2014 précisant la distinction entre considérations sociales dans les marchés publics et l'usage des clauses sociales,
- 3) Organisation Internationale du Travail (O.I.T.)
- Convention n°94 concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique (Entrée en vigueur 20 sept. 1952)
- 4) Conseil de l'Europe
- Convention Européenne des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950
 - Charte Sociale Européenne, signée le 18 octobre 1961 à Turin et révisée le 3 mai 1996 à Strasbourg.
- 5) Droit international public
- Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, *M.B.*, 25 décembre 1993
 - Accord sur les marchés publics (dit « accord de Marrakech ») du 15 avril 1994, Organisation Mondiale du Commerce.

II - Jurisprudence

1) Cour de justice de l'U.E.

- C.J.U.E. 17 novembre 2015 (RegioPost), *C-115/14*
- C.J.U.E. 18 septembre 2014 (Bundesdruckerei), *C-549/13*
- C.J.U.E. 8 mai 2013, affaires jointes *C-197/11* et *C-203/11*
- C.J.U.E. 10 mai 2012 (Commission c. Etat des Pays-Bas), *C-368/10*
- C.J.U.E. 3 avril 2008 (Rüffert), *C-346/14* ; ainsi que les conclusions de l'avocat général Bot
- C.J.U.E. 18 décembre 2007 (Laval), *C-341/05*
- C.J.U.E. 11 décembre 2007 (Viking), *C-438/05*
- C.J.U.E. 24 juillet 2003 (Altmark), *C-280/00*
- C.J.U.E. 10 avril 2003, (Commission contre RFA), *C-20 et 28/01*C.J.C.E.
- C.J.U.E. 4 décembre 2003 (EVN AG et Wienstrom), *C-448/01*
- C.J.U.E. 17 septembre 2002 (Concordia), *C-513/99*
- C.J.U.E. 26 septembre 2000 (Nord pas de Calais), *C-225/98*
- C.J.U.E. 4 juillet 2000 (Commission v. Portugal), *C-84/98*
- C.J.U.E. 17 juin 1997, *C-70/95*
- C.J.C.E. 20 septembre 1988 (Beentjes) *C-31/87*
- C.J.C.E. 14 octobre 1980 (Burgoa), *C-812/79*
- C.J.C.E. 29 septembre 1987 (Zaera), *C-126/86*

2) Cours et tribunaux belges

- C.C. 7 novembre 2013, *n° 145/2013*
- C.C. 6 avril 2011, *n° 50/2011*
- C.E. 8 juin 2009, *n° 193.924*
- C.E. 18 juin 1997, *n° 66.868*

3) Autres Etats membres de l'U.E.

- Trib. administratif de Strasbourg, 30 novembre 1999, *A.J.D.A.*, 2000

III - Doctrine

1) Les marchés publics en général

AUDET, (D.), sous la dir. de Kleitz, (A.), « La taille des marchés publics », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, Vol. 1, n°4.

BRUNESSENS (B.), « Le juge de l'Union Européenne, juge administratif », *Thèse de la collection de droit de l'Union Européenne*, Bruylant, 2012

Collection « la commande publique » tomes 5 & 6, Kluwer, Waterloo 2014 :

- DE FRANQUEN (V.), *L'exécution*

- VAN KRUCHTEN (I.), *La passation*

DOR (V.), VASTEMANS (M.), *Commentaire article par article de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*, Kluwer, 2016

DURVIAUX (A.-L.), *La passation et l'exécution des marchés publics : secteurs classiques et spéciaux*, Larcier, 2013

DURVIAUX (A.), DELVAUX (T.), « La réglementation relative aux marchés publics est-elle un obstacle aux synergies entre les communes et les Cpas ? », *Mouv. comm.* 2011, 5, pp. 15-20

DURVIAUX (A.-L.), *Droit administratif, tome 1 : l'action publique*, Larcier, 2001.

DURVIAUX (A.-L.), *Les marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Kluwer, 2001

ERVYN (G.), « La réforme '2017' des marchés publics », Présentation du 12 juillet 2017, VDE Legal, disponible sur : http://www.vdelegal.be/wp-content/uploads/2017/07/La-reforme-2017-des-marches-publics-PPT-GE-12-07_01576291.pdf (consulté en juillet 2017)

FLAMME (Ph.) et al., *Les marchés publics européens et belges, L'irrésistible européenisation du droit des commandes publiques*, 2nd édition, Bruxelles, Larcier, 2009.

GRAUER (L.), « Nouvelle Loi Relative Aux Marchés Publics : Flash Sur Les Nouveautés », *Actualités et publications*, LexGo, 2017, disponible sur : www.lexgo.be/fr/articles/droit-public-et-administratif/marches-publics

MATHY (I.) « *Transposition des Directives marchés publics. Etat des lieux après les arrêts C-287/07 et C-292/07* », *DroitBelge.Net*, 18.09.2009.

MÖRIC (K. E.), *Les ASBL et les marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010.

NIHOUL (P.), WILLEMART (E.), WAUTERS (K.), *Marchés publics pour débutants*, Bruxelles, La Charte, 2014.

LOMBAERTS (B.), « Les nouveaux seuils européens des marchés publics à partir du 1er janvier 2016 », *Actualités et publication*, LexGo, 2015, disponible sur :

www.lexgo.be/fr/articles/droit-public-et-administratif/marches-publics/les-nouveaux-seuils-europeens-des-marches-publics-partir-du-1er-janvier-2016,101083.html

THIEL (P.), *Marchés publics et PPP (mémento)*, Kluwer, Waterloo 2016

2) Les clauses sociales dans les marchés publics

ARROWSMITH (S.) et KUNZL (P.), *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge University Press, 2009.

BRUUN, (N.), JACOBS (A.) SCHMIDT (M.), “ILO Convention no. 94 in the aftermath of the Ruffert Case.” *European Review of Labour and Research*, no. 4, pp. 473–488, 2016.

BROUWET (J-F.), « l’ordonnance du 8 mai 2014 », *Le coin du juriste*, disponible sur www.clausesocialebruxelles.be

BERCUSSON (B.), BRUUN (N.), “Labour Law aspects of public procurements in the EU”, *The new EU public procurements directives*, Copenhagen, Djof Publishing, pp. 97-116

CABUY (Y.), « la réservation de marché » *le coin du juriste*, disponible sur le site : www.clausesocialebruxelles.be

COOREMAN M., « le dumping social, de quoi parle-t-on ? » inédit, disponible sur : <https://www.linkedin.com/pulse/dumping-social-de-quoi-parle-t-on-marc-cooreman> (consulté en aout 2017)

DREYFUS (J-D.), « Les principes d’égalité et de libre concurrence s’opposent-ils à tout régime préférentiel d’attribution des marchés ? », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 895-900

DUGAILLEZ (R.), « Stimuler l’économie sociale et l’insertion socioprofessionnelle dans les marchés publics en Wallonie », *inédit*, 2008

DUGAILLEZ (R.) et al. sous la dir. de Bodson (J-L.) « marchés publics et clauses sociales, le pari gagnant des adjudicateurs bruxellois », *vade mecum de l’ASBL SAW-B*, disponible sur http://www.sawb.be/Mapu/Docs%20en%20ligne/FR_mapu_WEB.pdf

DURVIAUX (A-L.), « marchés publics et économie sociale : l’union impossible ? », *Actualités de droit*, 2000, p. 651-696

FRANCOIS (N.), « La place des considérations d’ordre non strictement économique dans l’attribution des marchés publics, essai sur la prise en compte de considérations d’ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et d’attribution des marchés publics » *C.D.P.K.*, 2009, 4, pp. 621-664.

JAUME (A.), « Arrêt *Max Havelaar* : la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics », *J.D.E.*, n° 192, 8/2012, pp. 248

JAMINET (J-F.), « Les marchés publics comme outil dans la lutte contre le dumping social », *Jaarboek Overheidsopdrachten - Chronique des marchés publics*, 2015-2016

LOQUET (P.) « la clause d’insertion sociale et professionnelle dans les marchés publics en France », 2006, disponible sur

<http://guidedesachatsdurables.be/en/workshops/20061002duurzameoverheidsopdrachten/VI%20-%20Texte%SAW-B%20Mr%20BODSON%202.pdf>

MARTENS (M.) et DUGAILLEZ (R.), « Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics : Opportunités et perspectives », Bruxelles environnement, 2006, disponible sur :

http://www.environnement.brussels/sites/default/files/user_files/art_etopia_stimuler_performances_fr.pdf

MARTENS (M.), “Milieuoverwegingen in overheidsopdrachten”, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2004-3, Kluwer, pp 301-314.

MONZON (J-L.), CHAVEZ (R.) « L'économie sociale dans l'Union européenne », *Rapport d'information élaboré pour le Comité économique et social européen par le Centre international de recherches et d'information sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC)*, 2012, disponible sur : <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-790-fr-c.pdf>

MOREAU (M.), « Clauses sociales et environnementales dans les marchés publics : l'Union des villes et communes wallonnes est favorable à une sensibilisation générale des communes mais s'interroge quant à la validité juridique d'une imposition pure et simple », *Mouv. comm.*, 2008, liv. 10, 468-469.

NOËL (J.), « Étude relative à la possibilité d'introduire par la voie réglementaire ou administrative, une clause sociale dans les marchés publics des différents pouvoirs adjudicateurs en Belgique », *A.P.T.*, 2000/1, pp. 2-29, 2000.

NOËL (J.), « A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux, un arrêt étonnant de la Cour de Justice des communautés européennes » *J.T.*, 2001, pp. 561-564

NOËL (J.), « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, 2001, pp. 873-877

PEREAU (S.), « Nouvelle loi fédérale sur les marchés publics, quelles avancées ? », *Le coin du juriste*, disponible sur : <http://clausesocialebruxelles.be/?Le-coin-du-juriste-Nouvelle-loi>

PONGERARD-PAYET (H.), « le critère social exprès d'attribution, un cadeau en trompe l'œil fait aux élus », *A.J.D.A.*, 2006, liv. 12, pp. 635-641

POOS (S.), « Des critères sociaux et environnementaux pour l'octroi des marchés publics », <http://www.metiss.be/Files/media/Force/Politique/Elections/criteres1.pdf>, 2004

PIRARD (F.) et DELLISS (M.-P.), *Clauses et priorités sociales dans les marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2006

ROCCA (M.), « Arrêt Regio Post : marché public et salaire minimal fixé par une entité régionale », *J.D.E.*, 2, 2016, pp. 57-58

ROCCA (M.), « Arrêt Bundesdruckerei : salaire minimal et prestation de services entièrement exécutée dans un autre état membre », *J.D.E.*, 1, 2015, pp.16-17

SANCHEZ GRAELLS (A.), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Bloomsbury Academic, 2015.

TULKENS (F.) et al., « l'administration en action : le régime des actes administratifs », *Syllabus de droit administratif*, IV, Université Saint-Louis, 2014-2015.

THIEL (P.) et SLEGGERS (P), « les clauses sociales dans les marchés publics », *Entr. et dr.*, 2005, pp. 207-227.

TULKENS (F) « Marchés publics et objectifs environnementaux : du vœu pieux à la consécration normative », *Entr. et dr.*, 2005, 4, pp.309-320

VAN RILLAER (M-L.), « Lutte contre le dumping social: l'UVCW sollicite une solution européenne », Union des villes et communes de Wallonie, 2017, p.2, disponible sur www.uvcw.be (consulté en août 2017)

VERDUSSEN (M.) et ROMAINVILLE (C.), « les clauses éthiques dans les marchés publics », *ethiek en compliance in bedrijven*, DAOR, 2010, afl. 93, pp. 40-45

WILLIAMS (R.), « commission communication on social considerations », *P.P.L.R.*, 2002, pp. 1-9

3) Communications institutionnelles

Commission européenne, Direction Emploi, Affaires sociales et Egalité des Chances, Guide sur la prise en compte des considérations sociales dans les marchés publics, 2010. Disponible sur <http://guidedesachatsdurables.be/fr/social/litterature-considerations-sociales>

Commission Européenne, Questions-Réponses sur l'application des règles « marchés publics » aux services sociaux d'intérêt général – document accompagnant la Communication intitulée « les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement pour l'Europe », Sec. (2007)1514/03

Commission européenne, « Communication sur les marchés publics dans l'Union européenne », *COM* (1998) 143 du 11 mars 1998.

Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », *COM* (2001) 566 du 15 octobre 2001.

Commission européenne, « Livre vert sur les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », *COM* (1996) 583 du 27 novembre 1996

Gouvernement fédéral (.be) « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions » *guide disponible sur le site* www.publicprocurement.be , consulté le 30 juillet 2017

Région Wallonne « Les clauses sociales dans les marchés de travaux – Bâtiment », *Guides méthodologique du SPW*, 2015, disponible sur : <http://guidedesachatsdurables.be/fr/social/litterature-considerations-sociales>

Cellule conseil et politique d'achat du SPF personnel et organisation « l'insertion de critères sociaux », 2013 dispo sur : <http://guidedesachatsdurables.be/fr/social/litterature-considerations-sociales>

« Intégration de clauses Environnementales, Sociales et Ethiques (clauses ESE) dans les marchés publics », Note de cadrage juridique à l'attention des praticiens des marchés publics du SPW, 2013

Site du facilitateur pour l'insertion de clauses sociale en région Brux.-Capitale : <http://clausesocialebruxelles.be/>

Observateur social européen (OSE) fiche 39, disponible sur <http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf>

Bulletin quotidien Europe N° 8216, 23 mai 2002, *ainsi que* : N° 8071 du 17 octobre 2001

SPP Intégration sociale, « Guide pédagogique et juridique des clauses sociales en Belgique », 2013, disponible sur : http://clausesocialebruxelles.be/IMG/pdf/guide-clauses-sociales_fr.pdf

Site du gouvernement fédéral : www.guideachatsdurables.be

Région de BXL-Capitale, « lutte contre le dumping social, la passation des marchés publics désormais mieux encadrée », *Communiqué de presse du Gouvernement Bruxellois*.

X. « les clauses sociales dans les marchés publics », Union luxembourgeoise pour l'économie sociale, disponible sur <http://ules.lu/fr/>

4) Coupures de presse

Renault (M-C.), « Travailleurs détachés : Macron promet une réforme de fond » article publié dans Le Figaro le 2 juin 2017 et disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/06/02/20002-20170602ARTFIG00007-macron-promet-une-reforme-de-fond-sur-le-travail-detache.php>

Annexes

1. Me. Vanderstraten, associé chez Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick

« La récente réforme des marchés publics n'est pas un cadeau pour toi, car elle modifie fondamentalement le régime des clauses sociales. Le Gouvernement a en effet fait une priorité de la lutte contre le dumping social, et a consacré une série de nouvelles dispositions, en particulier en termes de sous-traitance.

Tu pourras trouver une introduction utile à ce nouveau régime dans le récent guide édicté par la Chancellerie, et que tu trouveras ci-joint. (voir bibliographie)

Théoriquement, la réforme constitue une révolution. En pratique, je pense que de nombreux pouvoirs adjudicateurs seront très démunis face à la lourdeur des clauses qu'ils sont supposés insérer dans leurs cahiers des charges et aux vérifications auxquelles ils sont censés procéder.

Mon avis – que l'on peut certainement ne pas partager – est que la lutte contre le dumping social devrait principalement relever de la responsabilité de services administratifs centraux et spécialisés (services d'inspection de l'ONSS notamment). J'ai le sentiment que le nouveau régime reporte sur des pouvoirs adjudicateurs individuels le poids de cette responsabilité, alors que ces pouvoirs adjudicateurs n'y connaissent finalement pas grand-chose (qu'est-ce qu'un prix anormalement bas ? quand et dans quelle mesure limiter la sous-traitance ? que faire des informations soumises par les soumissionnaires/adjudicataires par rapport à leurs sous-traitants ? qu'est-ce qu'un salaire correct ? etc.).

Je n'ai malheureusement pas d'avis sur ta question concernant la jurisprudence de la Cour de justice, car je ne l'ai pas étudié celle-ci en détails. Cela ne m'étonnerait cependant pas que tu constates une certaine ambiguïté de la part de la Cour. Difficile en effet de concilier la protection des travailleurs (ce qui implique souvent une certaine dose de protectionnisme) et la libéralisation du marché européen. La même difficulté se pose en termes de protection de l'environnement : objectivement, il serait plus positif pour l'environnement que tous les belges achètent des produits belges... » (mail de fin juillet 2017)

Compte rendu d'un autre entretien avec Me. Vanderstraeten dans lequel il nous indiquait :

- Il n'a que très peu affaire à des clauses sociales dans sa carrière d'avocat, il pense qu'elles sont assez peu utilisées par les adjudicateurs (pas de moyens de faire ça en plus).
- Les institutions communiquent beaucoup et règlementent beaucoup (surtout à Bruxelles) à propos des clauses sociales, toutefois, même lorsqu'elles les rendent obligatoires, il n'y a pas de sanctions réelle en cas de non-suivi, on est dans le registre de la soft law.
- Rendre obligatoire de manière générale la clause sociale serait impossible, toutes les situations ne s'y prêtent pas, il faut vraiment procéder « au cas par cas ».
- Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas armés pour en faire usage dans tous les cas, le responsable « marchés publics » de la commune à autre chose à faire que vérifier l'application de telles clauses.
- Les pouvoirs publics ne sont peut-être pas armés pour vérifier les critères de sélection relatifs à la conformité au droit social mais le fait de les mettre en contact avec l'administration centrale est une très bonne idée, comme lorsqu'ils trouvent qu'un prix est anormalement bas mais ne savent pas faire grand-chose de plus qu'avoir un doute, au vu de leurs moyens.

- On pourrait assister à une apparition de nombreux recours contre les clauses sociales puisque les dernières réformes vont en faire apparaître bien plus que dans le passé.
- Il existe, dans la dernière loi relative aux marchés publics, un article permettant au soumissionnaire de se faire rembourser les frais engendrés par la clause sociale, cela va incontestablement dans le bon sens pour ne pas faire fuir de potentiels entrepreneurs, effrayés par les coûts que pourrait engendrer une clause sociale, tant pour former les stagiaires que du point de vue des pénalités si cela faisait prendre plus de temps pour réaliser le marché public.

2. Interview de Mr Leskens, administrateur de A.C.H. (construction) réalisée par SAW-B et disponible sur le site www.clausesocialesbruxelles.be

Monsieur Leskens, qu'est-ce que A C H ?

« A C H est une entreprise générale de la construction implantée sur deux sites d'exploitation : A C H Construct aux Bons-Villers et A C H Build sur Bruxelles. Elle a vu le jour sous le nom de SINTRA dès 1972. Spécialisée à l'époque en béton préfabriqué, elle a diversifié ses activités pour englober, notamment, la restauration de patrimoine classé ou la construction/rénovation de piscines communales.

C'est dire si, depuis la publication de l'arrêté du Gouvernement bruxellois du 22 avril 1999 organisant l'obligation d'insertion de clauses sociales dans les marchés publics, nous avons eu l'occasion de réaliser des chantiers relevant d'investissements d'intérêt public impactés par cette mesure. »

En tant qu'entreprise soumissionnant pour de nombreux marchés publics de grande ampleur, comment vivez-vous concrètement la clause sociale d'insertion du point de vue de son exécution ?

« Dès l'attribution du marché, nous nous mettons en contact avec le Pôle Clauses sociales au sein d'Actiris. Nous lui communiquons le profil que nous recherchons, et il nous envoie des candidats.

En effet, A C H ne réalisant en propre que du gros-œuvre (le reste est sous-traité), nous souhaitons que les candidats possèdent une qualification de base en métiers de gros-œuvre.

Les candidats sont envoyés directement sur le chantier, car c'est le conducteur qui est le mieux à même de déterminer s'ils ont les compétences nécessaires. S'ils ne conviennent pas, on ne les prend pas, quitte à prendre du retard, car c'est du personnel payé.

La procédure d'accueil des bénéficiaires de la clause sociale ne diffère pas de celle de tous les ouvriers : accès au conseiller en prévention, brochure d'accueil, informations de sécurité, plan de formation, etc. Ils sont complètement intégrés à l'équipe, et ils bénéficient des mêmes formations (VCA, travail en nacelle, etc.). Ces personnes sortent de chez nous plus compétentes qu'à leur arrivée. Elles sont prises très au sérieux, au même titre que n'importe quel ouvrier.

Nous avons toujours veillé à remplir au mieux nos obligations de clause sociale, et nous ne nous sommes jamais vu imposer de pénalités ! Parfois il manque un mois, car le bénéficiaire tombe malade et ses jours de maladie ne sont pas comptabilisés. Du coup on n'arrive pas à la totalité de nos jours imposés. Mais quand on montre sa bonne foi et qu'on justifie, il y a une marge de tolérance.

Pour donner un exemple concret, nous avons effectué la restauration d'une école à Schaerbeek. Le cahier des charges imposait 1187 jours prestés en clause sociale sur le chantier. Il faut alors prévoir en amont

combien de clauses sociales seront accueillies. Sur les deux années que durera le chantier, trois personnes seront engagées en CDD pour 6 mois, renouvelables quatre fois. C'est dommage de devoir se séparer de ces ouvriers alors qu'ils font partie de l'équipe. »

Quel bilan tirez-vous de cette mesure ?

« Malheureusement, et c'est ce qui est un peu douloureux dans ce système, nous n'avons jamais commué de CDD clauses sociales en CDI, même si nous avons déjà croisé de nombreux profils intéressants. Si A C H a pu conserver ses propres ouvriers sur son payroll, et que la taille de l'entreprise reste stable, il n'y a pas de besoin d'engagement long terme. Pourtant, nous saluons globalement une très bonne volonté dans le chef des bénéficiaires de la clause sociale.

Nous avons récemment engagé en clause sociale un ouvrier de 29 ans qui cite dans son C.V., en guise d'expérience professionnelle, trois précédents engagements via clauses sociales. Manifestement ces personnes se heurtent à une réelle difficulté à pérenniser leur emploi, même après plusieurs bonnes expériences. Sans doute, l'impossibilité de valoriser un bénéficiaire clauses sociales d'un marché à l'autre renforce ce phénomène. »

Sur quoi souhaitez-vous attirer l'attention des rédacteurs qui intègrent les clauses sociales aux cahiers de charges ?

« Il est très important de veiller à bien calibrer la clause, en tenant compte de la complexité et de la technicité d'un chantier. A cet égard, nous avons été mis en difficulté sur le chantier de restauration d'une église en 2007. Il y avait trop de temps clauses sociales pour réaliser la totalité de la clause, d'autant qu'il s'agissait d'un marché en catégorie D24, très précis et technique, nécessitant du personnel très qualifié. Deux personnes ont été engagées, pas davantage, sinon nous aurions dû mettre du personnel interne au chômage. Le pouvoir adjudicateur a heureusement fait preuve de souplesse. »

Si vous pouviez améliorer le dispositif, que proposeriez-vous ?

« En clause sociale on parle de jours prestés, mais les jours fériés payés, les jours de repos compensatoires, les congés maladies ne rentrent pas dans le calcul alors qu'ils sont payés. Cela nous paraît anormal.

Nous avons eu l'expérience récemment de marchés pour lesquels il n'y avait aucun intérêt à engager un CDD sur le chantier, car il était totalement sous-traité et qu'il est dans ce cas-là difficile d'intégrer quelqu'un. Dès lors, nous avons engagé un jeune ingénieur et un bachelier en construction, pour seconder le conducteur de chantier et le gestionnaire de projet. Cela demande beaucoup d'encadrement car ce sont des gens qui n'ont aucune ou peu d'expérience de chantier, mais ça a été une excellente expérience pour ces jeunes comme pour nous. Les sortants d'études buttent parfois sur le manque de références professionnelles lorsqu'ils se présentent sur le marché de l'emploi, en nous quittant ils ont au moins déjà une année de vraie expérience à valoriser sur leur CV.

Cela nous incite à penser qu'il serait plus intéressant d'engager des jeunes en clause sociale par le biais du dispositif FPI (formation professionnelle individuelle). Ces jeunes toucheraient un salaire valorisant, tout en ne coûtant pas trop cher aux entreprises. »

3. Interview de Mr Cooreman, consultant pour FaSeOut consulting, contacté par mail

- Avez-vous été confronté à des clauses sociales dans le cadre d'un MP ?

A quelques occasions seulement : de mémoire : TEC BW, La Sambrienne.

-Cela s'est-il bien passé avec les adjudicateurs ?

Sans problème.

- Vous ont-ils suffisamment aidé ?

Voir fichier joint (bibliographie, article dumping social, M. Cooreman)

- Pensez-vous que les Clauses Sociales soient réellement utiles ?

L'utilité dépend éminemment du but poursuivi : intégration professionnelle de groupes à risque, formation professionnelle, lutte contre le dumping social... L'utilité éventuelle y est liée et la réponse diffère en fonction de l'objectif. Utile en matière d'intégration ou formation : l'adjudicateur doit idéalement prévoir dans ses documents de marché un supplément de prestations dédiées aux clauses sociales ET les valoriser dans l'inventaire ou le métré récapitulatif. A défaut l'adjudicataire sera tenté d'utiliser cette main d'œuvre en production. Inutile, voire contre-productive en matière de lutte contre le dumping social : réserver totalement ou partiellement (par obligation de sous-traitance) un MP aux ETA ou EI revient à remplacer du personnel sur lequel l'adjudicataire paie des cotisations sociales par du personnel subsidié, ce qui revient à ... créer du dumping social légal (ou « blanc ») et participe au déséquilibre macro-économique des finances publiques.

- Est-ce que vous pensez que la nouvelle loi MP 2016 récemment entrée en vigueur va changer grand-chose dans ce domaine ?

Non. les directives 2014 ont peut-être modifié des législations nationales. Mais la loi belge de 2006 prévoyait déjà la réservation. La loi de 2016 n'apporte pas grand-chose, si ce n'est au niveau terminologique, et peut-être de seuil (à vérifier). En Belgique, l'impulsion viendrait plutôt des entités fédérées, me semble-t-il.

- Avez-vous déjà eu vent de clauses sociales recalées par la justice en Belgique ? si pas, serait-ce un signe d'une sous-utilisation en Belgique ?

Pas à ma connaissance, mieux vaut poser cette question à des avocats familiers du conseil d'état. Peut-être sur les clauses de réservation...

- Avez-vous une idée sur le futur proche ou lointain des clauses sociales, sont-elles un outil efficace de politique publique qui gagne à être plus connu et plus utilisé ?

De nouveau, l'utilité relève de l'objectif. Dans le cadre de la lutte contre le dumping social, ces clauses s'avèrent le plus souvent inutiles, voire contre productives. (idée de remplacer le dumping social noir par le blanc, c-à-d remplacer des ouvriers étrangers peu payés par des stagiaires pas payés)

- Constatez-vous une plus grande attention des institutions européennes à leur égard, une attitude plus encourageante et positive que par le passé ? *NON! Par principe, l'UE s'intéresse fort peu au social. Le poids repose ici encore sur les épaules des adjudicateurs. Il s'agit d'une question d'éthique plus que de droit.*

4. Contact avec G. Bernaert directeur de l'ASBL / EES « Arpaije » (formation par le travail, HoReCa)

« Monsieur PRZEWOZNIK,

Je ne pense pas pouvoir vous apporter d'informations utiles à votre recherche.

*Si nous recevons périodiquement des appels d'offres venant d'administrations publiques, notre **capacité** de réponse aux demandes ne nous **permet pas** de nous inscrire dans les offres demandées.*

Bien cordialement »

5. Contact avec Stéphanie Leclercq, responsable « clauses sociales » chez ACTIRIS

« Bonjour, Comme promis, voici quelques réflexions suite à vos questions.

A Bruxelles, à part la circulaire de 1999 relative aux marchés publics de travaux subsidiés, aucun texte n'impose les clauses sociales dans les marchés publics (l'ordonnance de 2014 n'est pas appliquée). Depuis 2014 et jusqu'à la fin mars 2017, ce sont 134 demandes qui ont été introduites auprès du pôle clauses sociales par 37 pouvoirs adjudicateurs différents en vue d'intégrer une clause sociale (analyse, conseils, et/ou rédaction). Ces pouvoirs adjudicateurs étaient principalement bruxellois, mais nous offrons un soutien à tout pouvoir adjudicateur qui en fait la demande, donc certains étaient issus du fédéral, de la fédération Wallonie-Bruxelles, de la COCOF, et de la Commission européenne. Dans le futur, je pense que la clause sociale d'insertion va disparaître petit à petit au profit de la clause de formation, mais rien n'est décidé à l'heure actuelle. La Wallonie n'utilise pas de clause d'insertion, et dans un souci d'uniformisation, Bruxelles pourrait en effet suivre la tendance.

La nouvelle loi favorise l'allotisation, et je pense que cela pourrait améliorer dans une certaine mesure l'accès à ces marchés pour les entreprises d'économie sociale, sans être pour autant une clause sociale formelle dans le cahier des charges. »

6. Contacts avec Me Jaminet, avocat spécialisé dans les clauses sociales, barreau de Liège.

Compte rendu d'un échange de mails et d'un long entretien téléphonique :

- Il n'y a pas de réelle obligation d'insérer de clauses sociales dans les marchés publics pour les adjudicateurs si ce n'est la circulaire bruxelloise de 1999. Dans tous les autres cas il s'agit plus d'envisager l'insertion.
- Bruxelles serait plus avancée que la Wallonie pour des raisons organisationnelles dues à sa taille que pour des raisons de volonté politique (de plus les mêmes partis y siégeaient jusqu'à peu)
- On a besoin de plus de volonté au niveau local, les Régions et le Fédéral font du bon boulot
- Il a fait un gros marché public à Liège (R.W.), ses conseils furent de simplifier les outils de contrôle des travailleurs, en standardisant la procédure de badge pour accéder au chantier notamment, jusqu'aux ouvriers des sous-traitants. Il y a un réel souci avec les sous-traitants, c'est presque exclusivement à leur niveau que l'on constate les abus. L'idée c'est de faire faire les contrôles par les entreprises envers leurs sous-traitants et qu'ils soient responsables en cas de défaillance.
- D'ailleurs la limitation de nombre de niveaux de sous-traitants fut à cet égard une bonne chose, espérons qu'elle ne soit pas censurée par la CJUE, un argument de faisabilité des contrôles semble pouvoir être invoqué, ça devient impossible face à x couches de ST.

- Les nouveaux critères de sélections de la loi de 2016 sont évidemment une bonne chose contre le dumping social, des accords se créent bel et bien pour faciliter les contrôles de l'ONSS sur base de suspicions des adjudicateurs mais le nombre d'inspecteurs est ridicule.
- Pas beaucoup de JP sur les clauses sociales, c'est plutôt sur le lien avec l'objet du marché qu'on en trouve.
- La réservation aux EES n'est pas si répandue, les adjudicateurs lui préfèrent l'allotissement, la réservation partielle ou la procédure négociée sans publicité.
- Dans 90% des cas qu'il voit il est question de clause sous forme de critère d'exécution, certes ils sont moins efficaces que ceux d'attribution, mais les adjudicateurs les préfèrent de peur que leur décision soit annulée en utilisant un critère d'attribution. C'est dommage vu que l'UE tend à accepter le critère d'attribution.
- La loi prévoit une définition favorable du lien avec l'objet du marché public
- Le nouveau système prévoit de faire les contrôles à priori, de façon à ne plus se retrouver avec des offres très bons marché, mais en se rendant compte que l'adjudicateur a en fait l'air louche. Toutefois il semble que bien souvent, particulièrement les petits pouvoirs adjudicateurs, mettent de côté leur conscience et préfèrent l'offre la moins chère même si on se doute que l'employeur ne doit pas tirer son avantage compétitif de procédés très honnêtes.

7. Liste des facilitateurs de clauses sociales

« Coordonnées des 'facilitateurs clauses sociales' :

Les facilitateurs clauses sociales sont à la disposition des différentes parties prenantes d'un marché intégrant une clause sociale pour les accompagner à tous les stades du marché. Ils appartiennent aux structures de référence « classiques » des différents partenaires. Les facilitateurs clauses sociales vous assurent un premier contact endéans les 3 jours.

1.1 Coordonnées des facilitateurs clauses sociales pour les pouvoirs adjudicateurs

1.1.1 Pour le SPW et les OIP régionaux Service Public de Wallonie Secrétariat général - Direction des Marchés publics clausessociales@spw.wallonie.be

1.1.2 Pour les Sociétés de Logement de Service public Société Wallonne du Logement Direction Marchés publics et Droit immobilier clausessociales@swl.be

1.1.3 Pour les pouvoirs locaux • Pour tous les Pouvoirs locaux Service public de Wallonie Direction Générale Opérationnelle des Pouvoirs Locaux, de l'Action sociale et de la Santé (DGO5) - Direction du Patrimoine et des Marchés Publics marchespublics.pouvoirslocaux@spw.wallonie.be • Pour les Villes et Communes de Wallonie Union des Villes et des Communes de Wallonie Cellule Marchés publics marchespublics@uvcw.be 081/24.06.75

1.2 Coordonnées des facilitateurs clauses sociales pour les auteurs de projets Union wallonne des Architectes clausessociales@uwa.be

1.3 Coordonnées des facilitateurs clauses sociales pour les entreprises

1.3.1 Pour les entreprises « classiques » Confédération Construction wallonne clausessociales@ccw.be
02/545.59.54 ou 02/545.59.55 1.3.2 Pour les entreprises d'économie sociale Solidarité des Alternatives
wallonnes et bruxelloises clausessociales@saw-b.be 071/53.28.30 »