

**Critères d'attribution et
conditions d'exécution visant à
lutter contre le dumping social
dans les marchés publics**

FACILITY DAY - 22 octobre 2015

1) Le dumping social : notion

a) Droit constitutionnel à des conditions de travail et à une rémunération équitables (art. 23 Const)

b) MP = gisement d'emplois

c) Notion de détachement de personnel :

Travailleurs envoyés par leur employeur pour travailler provisoirement dans un autre État membre que celui dans lequel ils exercent habituellement leurs fonctions

1) Le dumping social : quelques rappels

d) Directive 96/71/CE « détachement » :

1° objectif:

- libre circulation des travailleurs, avec garantie du respect des normes obligatoires du pays d'accueil

)

1) Le dumping social : quelques rappels

d) Directive 96/71/CE « détachement » :

2° lacunes :

- sécurité sociale
- dispositions non-obligatoires des CCT
- absence de contrôle
- les (faux-)indépendants
- les sociétés étrangères « boîtes aux lettres » ⁽¹⁾

1) Le dumping social : quelques rappels

e) Conséquences :

- conditions de travail, d'hébergement ou de sécurité inacceptables pour les travailleurs
- concurrence déloyale par rapport aux entreprises « légalement organisées »

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

a) Directive 2004/18/CE :

- Deux mentions:

- ❖ 1^{er} considérant:

« 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 »

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

a) Directive 2004/18/CE :

❖ Art. 26: droit d'inclure dans le marché des conditions d'exécution du marché visant des considérations sociales

- pas de mention dans les critères d'attribution**
- pas de mention dans les prix anormaux**
- pas de mention dans les marchés réservés**

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

a) Loi du 15 juin 2006 :

- **Art. 25: critères d'attribution peut être des considérations sociales mais liés à l'objet du marché et permettant une comparaison des offres sur base d'un jugement de valeur**
- **Art. 40: conditions d'exécution relatives à la lutte contre le chômage et à l'insertion professionnelle**

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

1° Clause sociale horizontale (art. 18.2)

Considérant 37 : « 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.

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

1° Clause sociale horizontale (art. 18.2) - suite

Il convient que les mesures pertinentes soient appliquées dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil (11) et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres. »

Considérant 40 (+ art. 67 et 70 directive) : le contrôle des exigences en matière sociale peut avoir lieu soit au moment de la sélection des candidats, de l'attribution du marché, des critères d'exclusions, des offres anormalement basses, des conditions d'exécution.

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

1° Clause sociale horizontale (art. 18.2) - suite

Considérant 98 : « Il est essentiel que les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché concernant les aspects sociaux du processus de production aient trait aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. En outre, ils devraient être appliqués conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'AMP ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie. Dès lors, les exigences concernant les conditions de travail de base réglementées par la directive 96/71/CE, telles que les taux minimaux de rémunération, devraient demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliqués conformément au droit de l'Union dans le cadre de ladite directive. »

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

1° Clause sociale horizontale (art. 18.2) - suite

Considérant 99 : « Les mesures visant à protéger la santé du personnel participant au processus de production, à favoriser l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question peuvent également faire l'objet de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché, à condition d'être liées aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. Par exemple, ces critères ou conditions pourraient porter, entre autres choses, sur l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer. »

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

2° Les prix anormaux :

Considérant 103 : Rejet obligatoire des offres lorsque le prix anormalement bas est dû à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celle-ci en matière de droit social et du travail ou de dispositions internationales en matière de droit du travail.

2) La protection des droits sociaux dans les directives européennes marchés publics

b) Directive 2014/24/CE :

3° Autres :

- Considérant 75° : droit d'avoir recours dans les MP à des labels, si liés à l'objet du marché, fondé sur des critères objectifs et ouverts à tous
- Considérant 105 : respect des normes sociales par les sous-traitants
- Art. 20 : marchés réservés

3) Evolution du droit belge en matière de critères sociaux dans les marchés publics

a) 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

- Considérations sociales vs clauses sociales
- Envisager l'opportunité d'intégrer:
 - ❖ respect de la législation sociale nationale, européenne et internationale + normes OIT
 - ❖ promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et de la diversité des cultures
 - ❖ accès aux moins valides,
 - ❖ rémunérations acceptables (convention OIT n° 94)
 - ❖ pratiques commerciales durables et équitables
 - ❖ conséquences sociales du cycle de vie d'un service
 - ❖ formations, d'instructions de sécurité, ...
- Guides

3) Evolution du droit belge en matière de critères sociaux dans les marchés publics

b) Circulaire wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons

- ❖ Clauses sociales: insertion et formation professionnelle**
- ❖ Clauses éthiques sociales: promotion de règles éthiques en matière sociale**
- ❖ Guide, note de cadrage et CSC-type**

3) Evolution du droit belge en matière de critères sociaux dans les marchés publics

c) Ordonnance RBC du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics

d) Arrêté RBC du 22/04/99 imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public : obligation de mise à l'emploi de demandeurs d'emploi proposés par ACTIRIS dans les MP de travaux subventionnés

e) Circulaire du 4 octobre 2012 relative aux clauses sociales dans les marchés publics de la Région de Bruxelles-Capitale

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

- a) Notion actuelle de critère d'attribution: *« liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur »*
- b) Les critères d'attribution peuvent se fonder sur des aspects sociaux (directive 2014/24/CE, considérant 92 et art. 67.2, a):

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

c) La nouvelle directive offre plus de souplesse pour apprécier la situation du personnel :

- art. 67.2 b : « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; »
- art. 67.3. « Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans:
 - a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou
 - b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel. »

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

c) La nouvelle directive offre plus de souplesse pour apprécier la situation du personnel :

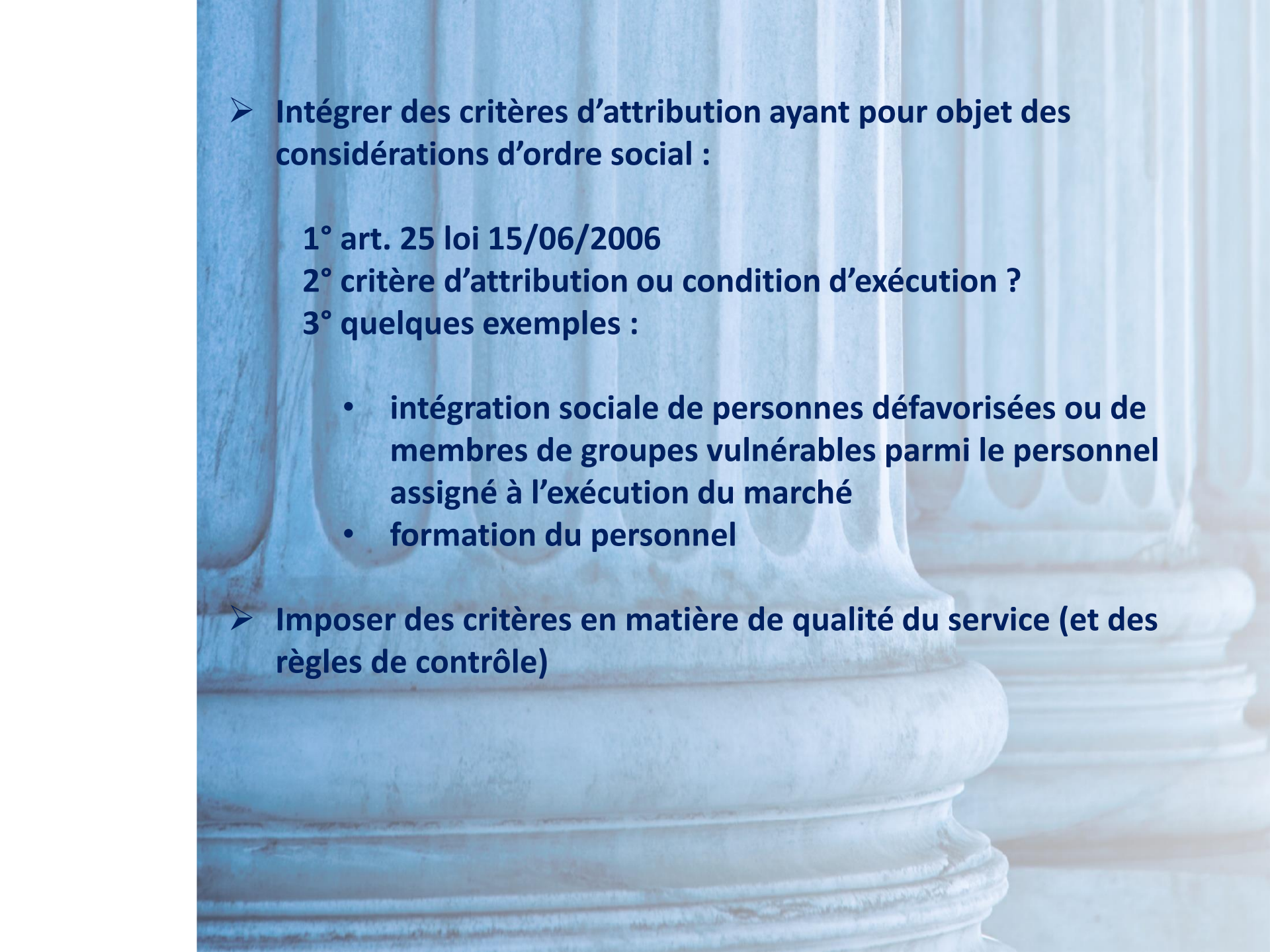
Ces critères peuvent être liés au processus de production : le PA peut « tenir compte des conditions de travail spécifiques des employés concernés et qui pourraient aller au-delà des obligations légales »

Attention, cela ne vaut que pour le personnel affecté au MP.

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

d) La possibilité de recourir à des labels sociaux (art. 43 directive) MAIS :

- ✓ **Liés à l'objet du marché et définissant les caractéristiques des services prestés**
- ✓ **Fondés sur des critères objectifs**

- 
- The background of the slide features a close-up, slightly blurred view of several white, fluted classical columns, likely from a government building or courthouse, creating a formal and institutional atmosphere.
- **Intégrer des critères d'attribution ayant pour objet des considérations d'ordre social :**

1° art. 25 loi 15/06/2006

2° critère d'attribution ou condition d'exécution ?

3° quelques exemples :

- **intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché**
 - **formation du personnel**
- **Imposer des critères en matière de qualité du service (et des règles de contrôle)**



3) Des critères d'attribution contre le dumping social

e) Eviter l'adjudication et choisir une procédure multicritère

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

f) Effectuer un véritable contrôle de normalité des prix

- ❖ **Normalité des prix = régularité matérielle des offres**
- ❖ **Objectifs (CE 222.635 du 26/02/2013)**
 - **Garantir une saine concurrence (éviter la spéculation au détriment du pouvoir adjudicateur)**
 - **Assurer l'exécution conforme du marché dans les délais et avec la qualité technique requise**

3) Des critères d'attribution contre le dumping social

f) Effectuer un véritable contrôle de normalité des prix (suite)

- ❖ Offres qui violent les conditions de travail sont anormales et doivent être rejetées
- ❖ Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics : art. 24 et 25
- ❖ Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques : art. 21, 95 et 99

Art. 21

- **Disposition générale : tous types (hors services B) et toutes procédures de marché**
- **Anciens art. 88 et 110 § 3 AR 8/01/96**
- **§§ 1 et 2 : vérification des prix – possibilité d'interrogation des soumissionnaires hors système des anormalités**

Art. 21

▪ §3 : contrôle de la normalité des prix

Normalité des prix globaux et des prix par poste

- Tout prix anormal nécessite une interrogation écrite avant écartement : protection des soumissionnaires contre l'arbitraire
- Le soumissionnaire doit justifier la composition de son prix
- Le soumissionnaire supporte la charge de la preuve de l'envoi
- Délai de 12 jours calendrier minimum
- Seconde interrogation possible
- Absence de réponse satisfaisante : nullité de l'offre
- Le PA apprécie la normalité de l'offre au cas par cas, même si le CSC adopte un critère mathématique détermine les offres apparaissant comme anormalement basse

Art. 95

- Le prix est un élément essentiel du marché
- Les irrégularités en matière de prix sont donc, en principe, substantielles
- Tout prix anormal entraîne une nullité absolue : arrêt n° 198.368 du 30 novembre 2009, SPRL SOGEPAR confirmé par l'arrêt n° 209.794 du 16 décembre 2010, SA Bernard Construction
- Obligation d'écarter l'offre
- Toute décision en la matière doit être motivée

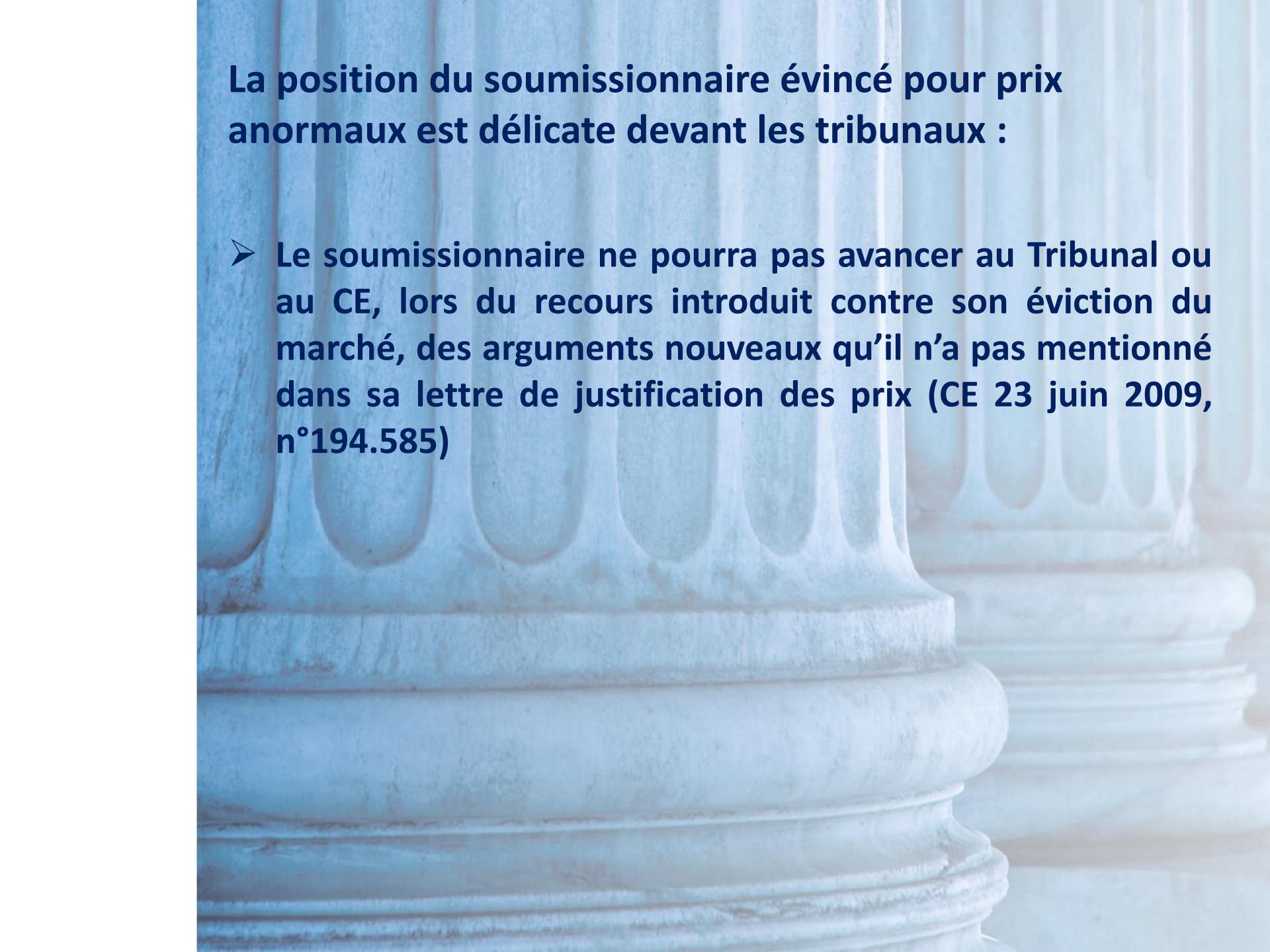
CE 218.223 du 28/02/2012 : c'est au soumissionnaire interrogé sur le prix de son offre d'apporter une justification concrète de son prix dans le marché en cause et de renverser cette "présomption d'anormalité".

Ce qu'il convient de faire :

- **Répondre dans le délai imposé par le pouvoir adjudicateur**
- **Répondre par courrier recommandé (et fax ou email)**
- **Détailler, pour chaque poste litigieux, les prix offerts en détaillant leur composition et en expliquant les raisons pour lesquelles le prix apparaît plus bas que ceux des autres soumissionnaires :**
 - **Par exemple, recours à des étudiants (Bxl, 4 décembre 2008, JT 2009, p. 109)**
 - **Avantages financiers dont bénéficient une entreprise d'économie sociale (Liège, 17 novembre 2005, JT, 2006, p.202)**

La position du soumissionnaire évincé pour prix anormaux est délicate devant les tribunaux :

- **Le pouvoir adjudicateur jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu concernant l'apparence de normalité des prix (et donc de déclenchement de l'article 21 – CE 223.095 du 2 avril 2013) et la pertinence des justifications reçues**
- **Les Tribunaux (et le Conseil d'état) n'exercent qu'un contrôle marginal de l'appréciation du pouvoir adjudicateur et ne sanctionne que si l'appréciation est manifestement déraisonnable :**
 - **Inégalité dans l'appréciation des offres des différents soumissionnaires**
 - **Erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur**



La position du soumissionnaire évincé pour prix anormaux est délicate devant les tribunaux :

- **Le soumissionnaire ne pourra pas avancer au Tribunal ou au CE, lors du recours introduit contre son éviction du marché, des arguments nouveaux qu'il n'a pas mentionné dans sa lettre de justification des prix (CE 23 juin 2009, n°194.585)**

Ce qui n'est pas admissible :

- Mettre dans l'offre certains postes à 0 ou à un prix anormalement bas, car compensé par des revenus espérés dans d'autres postes (CE, 8 mars 2013, no 222.782)
- Admettre que certains prix sont anormaux mais que le total de l'offre n'est pas modifié car d'autres postes les compensent : un seul poste, même minime, du métré qui présente un prix anormalement bas peut justifier le rejet de l'offre (CE 22 juin 2011 n°214.047)
- Se limiter, pour justifier son prix, à se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire. Il doit dans ce cas justifier le prix du sous-traitant. (exposé des motifs)

Ce qui n'est pas admissible :

- Justifier ses prix au moyen de formules stéréotypées :
 - CE 6 mars 2010 n°218.323 :
 - CE 22 juin 2011 n°214.047 : L'affirmation laconique et péremptoire "Fourniture globale du matériel et accessoire conformes en tout points au C.S.C." n'est pas suffisante.
- Justifier ses prix au moyen d'arguments vagues, comme l'expérience du soumissionnaire ou la qualification particulière du personnel(CE, 23 février 2005, n°141.115)
- Se limiter à confirmer les prix : CE 209.794 du 16/12/2006 : ces explications ne sont qu'une confirmation des postes tels qu'ils figurent dans la soumission et elles ne peuvent être acceptées parce qu'elles ne contiennent aucune indication précise permettant de comprendre les circonstances particulières et concrètes, poste par poste, qui auraient permis à la société évincée de proposer des prix aussi avantageux

Ce qui n'est pas admissible :

- Se référer à des prix offerts dans une autre soumission (CE, 147.377 du 6 juillet 2005)
- Se référer à un marché antérieur n'ayant pas donné lieu à un contrôle de la normalité des prix remis par l'attributaire de ce marché (CE, 141.115, 23/02/2005)
- Justifier ses prix en précisant qu'on a réduit les prix en décidant unilatéralement que certains services pourtant prescrits par le cahier spécial des charges n'étaient pas nécessaires (CE 116.961, 12/02/2003)

5) Les conditions d'exécution du marché

a) Considérations d'ordre social

1° Directive art. 42.1 : les spécifications techniques d'un marché *« peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des services demandés »*.

- embauche de demandeurs d'emploi par l'adjudicataire : pour offrir une expérience professionnelle ;
- prévoir une formation pour les demandeurs d'emploi, l'adjudicataire devenant ainsi un opérateur dans leur insertion professionnelle
- obligation de mettre des mesures d'égalité des chances entre homme et femme ou la diversité ethnique ou culturelle ;
- obligation de recruter des personnes handicapées dans une mesure supérieure à ce que légalement requis.

5) Les conditions d'exécution du marché

b) Considérations d'ordre social

- « le soumissionnaire et ses sous-traitants, devront s'engager à respecter l'ensemble des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou conventionnelles applicables en Belgique en matière notamment de périodes maximales de travail et de repos, de durée minimale des congés annuels payés, de taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires, des conditions de mise à disposition de travailleurs, de la sécurité, de la santé et de l'hygiène au travail ... ainsi que de toute autre disposition applicable en matière de relation de travail. »
- Si l'adjudicataire ou le sous-traitant de l'adjudicataire emploient des travailleurs, qui vu la distance entre leur lieu de travail et leur domicile, ne peuvent rentrer journalièrement chez eux, ils veilleront à leur fournir un logement convenable (répondant aux prescrits du code wallon du logement).

5) Les conditions d'exécution du marché

c) Respect des obligations légales sociales (art. 42 loi)

1° pour tout le personnel à disposition ;

2° à respecter par le prestataire de services et à faire respecter à ses sous-traitants ;

3° en matière de bien-être au travail et de conditions générales de travail

4° en matière fiscale et de sécurité sociale

d) Droit de regard sur le personnel de l'adjudicataire : remplacement des incapables

e) Imposer la langue française dans les contacts

f)

f) Dumping social = faute grave et écarter des nouveaux marchés (cfr Directive, considérant 101)

CONCLUSIONS

- Evolution positive du droit européen/belge des marchés publics
- Conscientisation générale des pouvoirs adjudicateurs
- Adoption de plusieurs chartes contre le dumping social par diverses communes
- Nécessité pour éviter une régression constante des droits sociaux



Merci pour votre attention

Gauthier ERVYN
Avocat