



AVIS A.1272

SUR L'(AVANT-)PROJET DE LOI RELATIVE

AUX MARCHES PUBLICS

TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EUROPEENNES

ADOPTÉ PAR LE BUREAU LE 4 MARS 2016

2016/A.1272

SAISINE

Le 11 janvier 2016, le Ministre C. LACROIX, Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative, a sollicité l'avis du Conseil économique et social de Wallonie sur l'avant-projet de loi relative aux marchés publics, dans sa version du 25 septembre 2015 ; le Comité de concertation (CODECO) a été saisi sur le suivi du dossier compte tenu de l'importante implication pour les pouvoirs adjudicateurs locaux et régionaux.

Le Cabinet sollicite l'avis du CESW eu égard notamment aux questionnements soulevés au CODECO et énumérés dans le courrier du 11 janvier dernier, questionnements relatifs :

- *« aux choix posés par le Gouvernement fédéral, quant à la transposition, dans le maintien ou non de règles distinctes au-dessus et en-dessous des seuils européens, et à l'impact sur les procédures spécifiques belges ;*
- *aux choix posés par le Gouvernement fédéral de procéder à l'adoption d'une nouvelle législation intégralement révisée quant à l'impact potentiel de cette nouvelle refonte sur les pouvoirs adjudicateurs, la formation de leurs services, leurs adaptations aux nouvelles procédures envisagées, notamment électroniques, aux nouveaux modèles de documents de marchés, et aux délais et dispositions transitoires envisagés à cet égard ;*
- *aux délais proposés, dans le cadre de la transposition, quant à l'adoption des arrêtés royaux destinés à compléter la législation en avant-projet ;*
- *à l'intégration plus spécifique d'enjeux embrassés par les nouvelles directives notamment en matière d'accès aux marchés des PME et TPE et de dumping social ;*
- *à l'articulation des législations en projets avec les dispositifs spécifiques en matière de clauses sociales et environnementales. »*

EXPOSE DU DOSSIER

a. L'avant-projet de loi examiné est une **conséquence directe et nécessaire** de l'adoption en 2014 des **nouvelles directives européennes relatives aux marchés publics**, l'une consacrée aux marchés passés dans les secteurs dits classiques (Directive 2014/24/EU) et l'autre pour les marchés envisagés dans les secteurs spéciaux que sont l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux (Directive 2014/25/EU)¹. Les deux directives précitées doivent être transposées dans les droits nationaux pour le 18 avril 2016 au plus tard.

En Belgique, **les règles de répartition des compétences** déterminent que la matière de marchés publics relève de la compétence de principe de l'autorité fédérale et que les Régions peuvent uniquement fixer des « règles complémentaires » qui ne viennent pas contredire ou déroger aux préceptes établis par le législateur fédéral².

¹ Les deux directives ont été publiées dans le *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) L94 du 28/03/2014, aux pages 65-242 et 243-374.

² A ce sujet, voy. des arrêts de la Cour constitutionnelle, anciennement Cour d'arbitrage (C.A., 79/92 du 23/12/1992, C.A., arrêt 6/96 du 18/1/1996 et C.C., arrêt 9/2011 du 27/1/2011) et des avis de la section de législation du Conseil d'Etat (avis n° 44.198/2 du 7/7/2008 in *Doc. parl.*, Région wallonne, 2005-2006, n° 410-2 et avis du 13/6/2013 in *Doc. parl.*, Région de Bruxelles-Capitale, 2012-2013, n° A-362/2-363/2, point 6).

Au niveau fédéral belge, pour la transposition de ces deux directives, le choix a été effectué de rédiger **une nouvelle loi** plutôt que d'adapter la loi actuellement applicable en la matière, soit la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services³. De plus, les partenaires de la majorité fédérale ont également pris l'option d'insérer plus de mesures dans la norme à valeur législative, au lieu de les inscrire – comme c'est davantage le cas aujourd'hui – dans les arrêtés royaux d'exécution (AR) ; ceci explique, en partie, la forte augmentation du nombre d'articles dans la loi.

b. Au moment où les interlocuteurs sociaux sont amenés à examiner les textes visés par la demande d'avis mentionnée ci-dessus, l'avant-projet de loi concerné **a déjà été soumis à l'avis du Conseil d'Etat et transformé en projet de loi** qui a été déposé à la Chambre des représentants le 4 janvier 2016⁴.

Vu l'évolution de la procédure parlementaire fédérale, l'examen qui suit porte sur le projet de loi tel que déposé à la Chambre des représentants en début d'année.

c. **L'exposé des motifs du projet de loi** relève une série d'**objectifs** poursuivis par l'Union européenne qui ont également été relevés, voire accentués, par l'autorité fédérale⁵ :

- une participation plus importante des PME ;
- la lutte contre le dumping social ;
- une attention particulière pour l'efficacité énergétique ;
- une application plus poussée des clauses sociales et environnementales ; et
- une attention réelle pour l'innovation⁶.

La plupart de ces thématiques ont été traitées récemment dans l'avis A.1193 du 2 juin 2014 relatif au dumping social⁷. Dans la continuité de celui-ci, le CESW donne suite à la demande formelle du Ministre Lacroix et de lui faire part de ses remarques au regard de l'implication pour la Région wallonne de la transposition, par l'autorité fédérale, des directives sur les marchés publics.

³ Loi publiée au Moniteur belge du 15/07/2007 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1.

⁵ On notera également d'autres nouveautés consacrées par le projet de loi telles que des changements relatifs aux modalités procédurales disponibles, des clarifications terminologiques et la consécration légale de l'exclusion (développée jusque-là par la jurisprudence de la CJUE) de certaines relations contractuelles hors du champ de la réglementation.

⁶ Cf. page 6 du document parlementaire n° 54-1541/1 cité ci-dessus.

⁷ Avis qui porte une attention particulière au cas du secteur de la construction.

A. REMARQUES GENERALES

1. Procédure de transposition

Ainsi que déjà soutenu dans l'avis sur le dumping social⁸, les interlocuteurs sociaux wallons insistent sur l'importance de **clôre le processus de transposition rapidement** afin de respecter le délai imposé par l'Union européenne, soit le 18 avril 2016. Le CESW encourage ainsi les représentants de la Région wallonne à participer activement aux réunions de la Commission fédérale des marchés publics et à y relayer les remarques qui suivent dans le présent avis. Dans ce cadre, le Conseil souhaite être tenu informé plus tôt, notamment lors de la préparation des arrêtés royaux d'exécution afin de pouvoir contribuer utilement aux interventions wallonnes au niveau de la Commission fédérale. A ce sujet, comme l'a d'ailleurs relevé le Conseil d'Etat dans son avis du 17/11/2015⁹, l'habilitation confiée au Roi pour les modalités d'exécution de la loi et la fixation de l'entrée en vigueur de celle-ci est trop imprécise en termes d'échéancier et devrait être précisée pour ne pas permettre un report lointain de la transposition effective de la directive.

Le CESW regrette d'avoir été sollicité à un stade si avancé du processus législatif fédéral, ce qui limite fortement l'impact potentiel de son avis quant au contenu du texte légal devant être adopté dans un futur proche. En revanche, le Conseil tient à formuler un certain nombre d'observations eu égard aux questions rappelées par le Cabinet afin d'être **entendus pour accompagner la formalisation des arrêtés d'exécution** et la **mise en œuvre de la nouvelle réglementation en Région wallonne** ainsi que pour encourager, dans une phase ultérieure, à **rediscuter de certains points de la loi** qui mériteraient éventuellement d'être adaptés. En ce sens, et dans la continuité de son avis A.1193¹⁰, le CESW encourage déjà le Gouvernement wallon à **poursuivre et à amplifier ses efforts de formation, d'aide et d'incitation** des adjudicateurs publics afin de promouvoir des marchés publics durables, socialement responsables et accessibles aux PME. A cet égard, il l'invite à considérer la mise en place d'une réflexion sur le conditionnement de son éventuel cofinancement des marchés au respect de critères qui lui sont propres, à continuer, en concertation avec les secteurs concernés, l'élaboration de procédures et clauses-types destinées aux documents du marché ainsi qu'à instaurer une cellule permanente d'accompagnement.

2. Lignes directrices du projet de loi

Quant au choix préalable d'adopter **une législation intégralement révisée** et intégrant davantage de dispositions que précédemment, les interlocuteurs sociaux wallons adhèrent à l'option d'une réglementation uniforme et formant un ensemble cohérent. Cependant, ils émettent deux réserves. La première concerne la nécessité de cadrer davantage les délégations au Roi qui, dans la forme actuelle du projet de loi, équivalent trop souvent à des blancs-seings confiés au Gouvernement fédéral. La deuxième est l'importance d'organiser, en coordination avec tous les niveaux de pouvoirs, des formations et des séances d'informations à destination, tant des pouvoirs adjudicateurs que des entreprises afin de cerner les impacts du dumping social sur l'économie wallonne, d'identifier clairement les nouvelles règles introduites et de guider l'ensemble des acteurs vers une mise en œuvre compréhensible et efficiente de la réglementation.

⁸ Cf. § 3 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 5).

⁹ Point 142 de l'avis 58.235/1 du 17/11/2015, page 415 du document n° 54-1541/1.

¹⁰ Cf. § 2 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 5).

De manière générale, concernant la question portant sur les choix posés par le Gouvernement fédéral dans le projet de loi au regard de **l'application des règles en fonction des seuils européens**¹¹, le Conseil constate que les choix prennent des directions diverses. Dans certains cas, le gouvernement propose d'inscrire des obligations dans la loi alors que le texte européen prévoyait seulement des possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs (ex : allotissement, cf. *infra*, B.3.). Pour d'autres aspects de la réglementation, les obligations prévues au-dessus des seuils européens sont étendues (ex : moyens de communications, cf. *infra*, B.1.). Parallèlement, dans d'autres cas, il consacre de simples possibilités alors que des contraintes étaient envisageables (ex : prix anormaux cf. *infra*, B.7.). Le CESW regretterait fortement que l'autorité fédérale n'utilise pas davantage les possibilités de contrainte dont elle dispose sur base de la Directive. De ce constat général, les interlocuteurs sociaux observent et se réjouissent que l'objectif d'une participation plus importante des PME semble être endossé par le projet de loi. Cependant, ils constatent aussi avec regret que le Gouvernement fédéral n'a pas pris la mesure du potentiel des marchés publics dans la lutte contre le dumping social et que l'ouverture des marchés publics doit s'accompagner davantage de mesures de prudence vis-à-vis des soumissionnaires. A cette fin, l'avis du CESW sur le dumping social insistait sur l'augmentation des précautions à prendre au stade de la sélection des entreprises (cf. critères de sélection, informations sur les sous-traitants, plus d'exigences vis-à-vis des sous-traitants, etc.) et au moment du traitement des offres contenant des prix anormalement bas¹².

Par ailleurs, le CESW insiste pour que, dans la mise en œuvre de la loi, **une politique de contrôles et de sanctions proportionnée** soit garantie afin d'assurer une effectivité aux principes directeurs énoncés dans l'exposé des motifs et au travers de la loi.

3. Principe transversal du respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (article 7 et articles 65 à 69 du projet de loi)

Les interlocuteurs sociaux wallons **prennent acte avec intérêt** de la consécration transversale des obligations du droit environnemental, social et du travail étendue à toutes les phases des marchés publics (de la passation à l'exécution) et reposant sur une énumération large des normes à prendre en compte. Ils **s'interrogent cependant sur la portée des obligations** visées et invite le Gouvernement wallon à demander aux autorités fédérales des précisions à ce sujet afin de rendre ce principe véritablement opérationnel. L'exposé des motifs offre, en ce sens, une série d'exemples¹³ – dont certains devraient être reformulés¹⁴ –, mais il mériterait d'être complété par des explications additionnelles relatives, entre autres, à la prise en compte, sous l'angle de ce principe, des obligations consacrées dans le droit pénal social ou encore de la multitude des contraintes environnementales et des règles du droit du travail.

De plus, **la formulation**, tant de l'article 7 du projet consacrant le principe que des dispositions spécifiques qui y font expressément référence, laisse un **flou juridique important et regrettable** quant aux circonstances qui pourraient entraîner une sanction et octroie une marge de manœuvre substantielle aux pouvoirs adjudicateurs pour faire application des règles et/ou des sanctions qui en

¹¹ Depuis le 1^{er} janvier 2016, les seuils européens sont, dans les secteurs classiques, 5.225.000 € HTVA pour les marchés de travaux et 209.000 € HTVA pour les marchés de services et fournitures.

¹² Cf. §§ 4 et 5 du point III.3) de l'avis A.1193 (pages 5 et 6).

¹³ Voy. not. Pages 26 et 29 du document n° 54-1541/1.

¹⁴ Voy. page 134 du document n° 54-1541/1 : l'exemple relatif à « la fabrication de produits n'impliquant pas l'utilisation de produits chimiques toxiques » pourrait exclure un certain nombre de produits sans tenir compte de la performance globale des produits concernés. Il y a lieu de reformuler de la manière suivante : « fabrication de produits dont les impacts environnementaux calculés sur base d'une analyse du cycle de vie sont limités ».

découlent¹⁵. Les choix effectués en la matière par le Gouvernement fédéral qui n'entraîneraient des sanctions effectives que dans certains cas – notamment « si nécessaire » ou en cas de sanction pénale parallèle – ne permettraient pas de lutter suffisamment contre le dumping social. En effet, une telle démarche nécessite des mesures plus contraignantes pour s'assurer du respect des droits environnemental, social et du travail, notamment au stade du contrôle des prix anormaux, comme l'indiquait le CESW dans son avis A.1193 en se référant à la Directive 2014/24¹⁶.

Dès lors, le Conseil **regrette la souplesse consacrée en la matière** et souhaite le retrait des termes « si nécessaire » de la clause générale de l'article 7 ainsi que la transformation en un motif d'exclusion obligatoire du motif lié au non-respect de ce principe transversal (qualifié de facultatif dans le projet de loi) en s'assurant de préciser la manière dont s'appliquera à lui le délai d'exclusion de cinq ans fixé pour les motifs d'exclusion obligatoires¹⁷. Si cette voie ne pouvait être suivie, le CESW recommande, à tout le moins, au Gouvernement wallon d'obtenir du fédéral des **clarifications** sur les situations visées par les formules de dérogations sujettes à interprétation¹⁸ et de tâcher d'en restreindre l'impact en termes de non-application de sanctions lorsqu'il est constaté un manquement avéré aux obligations du droit environnemental, social et/ou du travail.

Par ailleurs, quels que soient les adaptations qui interviendraient au niveau des textes fédéraux, les interlocuteurs sociaux invitent le Gouvernement wallon à **encourager tous les pouvoirs adjudicateurs régionaux et locaux** à prévoir dans leurs cahiers des charges des motifs d'exclusion en cas de non-respect de ce type d'obligations et à assurer des contrôle effectif du respect de ces obligations à tous les stades des procédures de marchés publics.

B. REMARQUES SPECIFIQUES

1. Moyens de communication (article 14 du projet de loi)

Le Conseil **souscrit**, dans une optique de simplification administrative, aux choix opérés en ce qui concernent **la généralisation de l'utilisation des moyens électroniques** pour tous les échanges d'informations et les communications entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, à tous les stades de la procédure et pour tous les marchés publics. Sous cet angle, l'étendue de principe¹⁹ des obligations même en-dessous des seuils européens apparaît bénéfique. En tout état de cause, il est demandé aux pouvoirs adjudicateurs de veiller à utiliser des moyens de communication simples et financièrement abordables pour les PME et, en ce sens, de tenir compte

¹⁵ En bref : l'article 7 vise, de manière générale, l'application des mesures en cas de manquements aux obligations visées, mais seulement « si nécessaire » ; l'article 65, § 1^{er}, al. 2, prévoit la non-attribution du marché en cas de manquement aux obligations visées « pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement » ; l'article 68, 1^o, ne prévoit l'exclusion effective du soumissionnaire que si le motif a été prévu et que « le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié » la violation des obligations visées. L'article 69 reconnaît ensuite un grand pouvoir d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs pour juger des mesures correctrices prises par les soumissionnaires pour démontrer leur fiabilité.

¹⁶ Cf. § 5 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 6).

¹⁷ Cf. paragraphe 2 de l'article 66, différent du délai de trois ans pour les délais facultatifs (art. 68, al. 2).

¹⁸ Exemples : Qu'est-ce qui est « nécessaire » ? Le caractère inopérant d'une législation visant spécifiquement la problématique rend-elle une sanction « nécessaire » sous l'angle du droit des marchés publics ? Le non-respect doit-il avoir été sanctionné pénalement ou peut-il seulement être sanctionnable pénalement pour être pris en compte ? Les sanctions administratives effectives sont-elles suffisantes pour entraîner une exclusion ? Qu'est-ce qu'un « moyen approprié » ?

¹⁹ Voy. les dérogations générales, sous ces seuils, pour les procédures négociées sans publicité et celles passées sans mise en concurrence préalable (art. 14, § 2, 5^o, du projet de loi).

notamment des dérogations explicitement prévues par le projet de loi lorsque l'usage d'autres moyens de communication s'avère justifié²⁰.

Vu les délais envisagés dans le projet de loi quant à l'entrée en vigueur de ces obligations²¹, le CESW invite le Gouvernement wallon à travailler, avec les secteurs concernés, sur une **méthodologie commune** pour aider l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs wallons à avancer dans cette voie dans les meilleurs délais.

2. Labels (article 54 du projet de loi)

Vu l'importance aux yeux des interlocuteurs sociaux wallons d'envisager l'insertion de critères environnementaux, sociaux et éthiques²² dans les marchés publics pour lutter contre le dumping social²³, la consécration d'un article distinct pour permettre le recours aux labels est **une avancée positive** pour donner une visibilité accrue à la prise en compte de tels critères. Le CESW accueille favorablement le principe des labels, mais attire néanmoins l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur la nécessité de **recourir de manière opportune et proportionnée** aux labels afin de ne pas décourager la participation des PME qui n'ont pas toujours le temps et les ressources nécessaires pour obtenir ces labels. C'est pourquoi, il attire l'attention en particulier sur les dispositions de l'article 54 du projet qui précise que, le pouvoir adjudicateur doit toujours tenir compte des « labels équivalents » et, pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de la publicité européenne, des autres moyens de preuve, pour autant que ces dernières démontrent qu'il est satisfait aux exigences spécifiques.

Le CESW rappelle sa recommandation générale concernant la mise en place d'une **réflexion sur le conditionnement de son éventuel cofinancement** des marchés au respect de critères qui lui sont propres (cf. *supra*, point A.1.), qui devrait tenir compte également des niveaux d'accessibilité pour les PME quant à l'obtention de labels, tant d'un point de vue du coût qu'au regard des démarches administratives nécessaires.

3. Allotissement (article 57 du projet de loi)

L'**obligation nouvelle d'allotir** les marchés dont le montant estimé est supérieur à 135.000 € (seuil révisable)²⁴ renforce les possibilités pour la Région wallonne de mettre en œuvre les moyens envisagés dans la note juridique du SPW sur les achats publics durables, en lien avec l'allotissement des marchés²⁵. Le Conseil soutient les démarches visant à ouvrir les marchés publics à tous les acteurs économiques.

²⁰ Voy. les paragraphes 2 à 4 de l'article 14 du projet de loi.

²¹ Cf. commentaire de l'article 14, en page 35 du document n° 54-1541/1 : cette obligation n'entrerait en vigueur qu'à partir du 18 octobre 2018 pour les marchés au-dessus des seuils européens et à partir du 1^{er} janvier 2020 pour les marchés sous les seuils européens.

²² L'utilisation du terme éthique fait référence, comme dans l'avis A.1193, à la terminologie reprise dans la note juridique de la Région wallonne (p. 7 et pp. 37-43 de la note de cadrage et de conseils juridiques intitulée « Intégration de clauses environnementales, sociales et dans les marchés publics et promotion de l'accès aux PME », Version 2 : février 2014). Définis de la sorte, des critères éthiques peuvent être utilisés actuellement à certains stades des procédures de marchés publics et devraient pouvoir l'être davantage encore sur la base du projet de loi.

²³ En ce sens, voy. notamment la position soutenue dans l'avis A.1193, 2^{ème} paragraphe du point B.3 (en page 5).

²⁴ Il s'agit initialement d'un seuil spécifique pour certains marchés de fournitures et de services de l'autorité fédérale (cf. art. 32 de l'AR du 15/7/2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques) mais dont l'effet est généralisé pour l'application de cette disposition relative à l'allotissement.

²⁵ Voy. la note de cadrage et conseils juridiques référencée dans la note de bas de page 22.

Le CESW approuve également le fait que cette obligation n'ait pas été étendue à tous les marchés publics, au risque sinon d'avoir entraîné des démarches administratives supplémentaires excessives, les pouvoirs adjudicateurs doivent notamment pouvoir assurer la coordination des différents lots. Cela étant, **il s'interroge sur la pertinence du seuil de 135.000 €** et encourage le Gouvernement wallon à en examiner les bienfaits et à déterminer, de plus, et ce de manière transparente, une ligne de conduite régionale concernant l'éventualité de généraliser ou non l'allotissement pour les marchés sous ce seuil fixé par la loi fédérale, tout en laissant un pouvoir d'appréciation suffisant aux pouvoirs adjudicateurs.

4. Sélection (articles 67 et suivants du projet de loi)

Le CESW, dans son avis A.1193, a déjà relevé **l'importance de la phase de sélection pour lutter contre le dumping social**²⁶ et, dans la continuité de son avis, il entend faire part des remarques suivantes au vu des changements apportés dans le texte en projet quant à cette étape de la procédure des marchés publics.

A titre liminaire, concernant l'ensemble des dispositions encadrant la phase de sélection, les organisations syndicales tiennent à faire part de leur déception au regard des choix posés par le Gouvernement fédéral pour la catégorisation des motifs d'exclusion et l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux pouvoirs adjudicateurs. Sous le couvert de limiter les charges administratives tant pour les soumissionnaires que pour les pouvoirs publics, le projet de loi assouplit des principes qui sont par ailleurs jugés transversalement primordiaux et consacre même des motifs facultatifs qui pourraient avoir pour effet de contourner les exigences obligatoires. Par exemple, le pouvoir adjudicateur pourrait autoriser la participation d'un soumissionnaire concerné par une condamnation relative au travail des enfants ou à d'autres formes de traite des êtres humains (et ce, pour une « raison impérative d'intérêt général » ou parce que le pouvoir adjudicateur n'était pas obligé de vérifier l'absence de motifs d'exclusion²⁷). Par ailleurs, l'effet des motifs d'exclusion facultatifs prévus aux 7° et 8 de l'article 68, alinéa 1^{er}, du projet de loi mérite également d'être relevé ici étant donné les risques qui découlent d'une telle catégorisation qui réprime assez peu sévèrement les manquements sanctionnés dans les marchés antérieurs et les fausses déclarations au regard des motifs obligatoires. Les organisations syndicales demandent au Gouvernement wallon de se mobiliser pour rendre véritablement contraignantes les règles essentielles sur lesquelles doivent reposer une saine concurrence et une économie respectueuse des droits fondamentaux²⁸.

Tout d'abord, les interlocuteurs sociaux admettent que **la possibilité de régulariser la situation fiscale et sociale** en cours de procédure est une avancée positive en termes d'allègement de la procédure pour les entreprises, mais ils insistent pour qu'elle soit maniée avec beaucoup de précautions pour éviter que des entreprises peu loyales faussent le jeu de la concurrence. Aussi, les modalités de régularisation inscrites dans la loi²⁹ doivent être appliquées strictement et celles-ci pourraient utilement être complétées par l'arrêté royal, sur base de l'habilitation du paragraphe 2 de l'article 67, afin d'insister sur une utilisation restrictive de la procédure de régularisation en s'inspirant par exemple de la Directive 2014/24 qui vise les cas dans lesquels « *une exclusion serait manifestement disproportionnée* »³⁰.

²⁶ Cf. § 4 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 5).

²⁷ Cf. article 66, § 1^{er}, al. 4 à 6, du projet de loi.

²⁸ Ces règles essentielles visent en particulier les niveaux 3 et 4 du droit pénal social, qui doivent justifier le retrait du droit d'accès aux marchés.

²⁹ Conditions inscrites actuellement à l'alinéa 3 de l'article 67, § 1^{er}, du projet de loi.

³⁰ Alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 57 de la Directive 2014/24.

Ensuite, concernant **la déclaration sur l'honneur** au stade de la sélection, le Conseil approuve la généralisation envisagée dans le projet de loi qui va dans le sens d'une simplification administrative, telle qu'encouragée d'ailleurs par la Région wallonne dans sa note de cadrage juridique pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics³¹. Cependant, **le caractère implicite** de la déclaration qui est également inscrit dans le titre de l'article 72 du projet ne ressort pas clairement de la disposition précitée. Dès lors, il pourrait être utile de demander si, désormais, il s'agit bien uniquement des cas d'exceptions visés au paragraphe 4 et non plus, comme c'est pourtant le cas dans la réglementation actuelle, d'un allègement ouvert plus largement³². En tout état de cause, si la déclaration implicite dépend de l'usage par le pouvoir adjudicateur d'une base de données nationale, le CESW invite le Gouvernement wallon à encourager et à accompagner tous les pouvoirs adjudicateurs de Wallonie à obtenir l'accès à la **base de données Télémark** et à effectivement diminuer ainsi le nombre de documents que les soumissionnaires doivent fournir. De plus, le Conseil réitère sa suggestion de l'avis A.1193 concernant l'établissement d'une « **base de données relatives aux entreprises** (actives en Belgique, qu'elles soient belges ou étrangères) qui serait accessible pour les entreprises et gérée par les autorités publiques en association étroite avec les secteurs concernés »³³.

Enfin, quant aux **preuves éventuelles**, le Conseil regrette que leur énumération ne fasse pas partie du projet de loi au stade de la sélection en prévoyant, au surplus, certaines preuves obligatoires. Cette énumération doit encore être établie dans un arrêté royal et le Conseil encourage dès lors les représentants wallons au sein de la Commission fédérale des marchés publics à insister sur l'importance d'établir une liste claire et détaillée des informations et certificats qui peuvent être exigés. Pour ce faire, le CESW suggère de s'inspirer notamment des articles 60 à 62 de la Directive 2014/24 et aussi de rajouter expressément les documents administratifs nécessaires dans des cas spécifiques tels que le recours aux travailleurs détachés ou à des sous-traitants étrangers (document portable A1, déclaration LIMOSA et déclaration DIMONA). De plus, le Conseil insiste sur la nécessité de privilégier les moyens de preuves dont l'obtention n'entraîne pas de coûts excessifs pour l'entreprise (par exemple, éviter de recourir aux attestations bancaires).

5. Sous-traitance (articles 77 et 85 du projet de loi)

Les interlocuteurs sociaux wallons constatent positivement la consécration, dans le projet de loi, d'un élargissement du système de **responsabilité solidaire** lors de l'exécution du marché lorsque l'adjudicataire a recours à des tiers. Néanmoins, ils prennent acte de la non-intégration de la disposition de la loi du 15 juin 2006 prévoyant que l'adjudicataire d'un marché de travaux « *est tenu d'assurer (...) le paiement des sommes dues pour les prestations effectuées par ce personnel sur le chantier* »³⁴ et insiste pour que la loi de 1965 organisant la responsabilité solidaire³⁵ soit rendue plus opérationnelle, éventuellement via des modifications législatives.

En outre, le Conseil note parallèlement que le projet de loi **se repose intégralement sur le Roi** pour fixer le régime de sous-traitance dans le cadre de l'exécution et ce, sur base d'une **habilitation large et non détaillée**³⁶. Il regrette que cette structuration spécifique de la sous-traitance ne soit pas

³¹ Voy. spéc. page 48 de la note de cadrage référenciée *supra*.

³² Cf. article 61, §§ 1^{er} et 2, 5^o et 6^o, de l'arrêté royal du 15/07/2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

³³ Cf. § 2 du point III.1) de l'avis A.1193 (page 3).

³⁴ Cf. article 42, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 15/06/2006.

³⁵ Voy. la loi du 12/04/1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, modifiée à ce sujet par la loi-programme du 29/03/2012 (MB, 06/04/2012).

³⁶ L'article 85 du projet de loi évoque seulement « les règles relatives à la sous-traitance » parmi « les règles générales d'exécution pour les marchés publics » que le Roi doit fixer.

davantage cadrée dans la loi étant donné les nombreux risques de dumping social qui en découlent. Sur cette question, **l'avis A.1193** recommandait un certain nombre de mesures utiles pour encadrer l'intervention de sous-traitants dans l'exécution des commandes publiques³⁷. Il est dès lors demandé au Gouvernement wallon de relayer ces remarques lorsque ses représentants participeront, au niveau de la Commission fédérale des marchés publics, à l'élaboration des arrêtés royaux d'exécution de la loi en projet et d'en tenir compte également lors de la mise en œuvre de ses marchés futurs.

Le CESW constate que l'exposé des motifs fait référence à des propositions élaborées dans le cadre de cette lutte, mais regrette que ces éléments n'aient pas été intégrés au projet de loi. Le Conseil invite les représentants wallons précités à être particulièrement attentifs à la prise en compte de **l'accord fédéral tripartite** « Plan pour une concurrence loyale » et de **l'accord du Groupe des dix** du 9 décembre 2014, notamment quant à la limitation du nombre de sous-traitants dans la chaîne verticale à maximum deux par spécialité, à l'extension de l'agrégation en tant qu'entrepreneur à tous les sous-traitants de la chaîne et à la création d'un instrument juridique permettant d'empêcher le recours à la sous-traitance lorsque tout ou partie du personnel fixe d'une entreprise est au chômage temporaire.

Par ailleurs, parmi les règles que le Roi doit déterminer en matière de sous-traitance se trouvent également celle visant à **cibler les marchés** pour lesquels les **motifs d'exclusion** seront aussi **contrôlés dans le chef des sous-traitants**. Les interlocuteurs sociaux wallons se demandent si cette limitation des cas de contrôle en la matière répond suffisamment à l'obligation fixée dans la Directive 2014/24 qui impose aux États d'assurer le respect, par les sous-traitants, des obligations visées par le principe transversal de la Directive (origine du principe de l'article 7 du projet de loi) « *grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes agissant dans le cadre de leurs responsabilités et de leurs compétences* »³⁸.

6. Attribution (articles 80 et 81 du projet de loi)

Le texte en projet revoit en profondeur les critères d'attribution envisageables pour passer des marchés publics. Le Conseil considère que **l'importance grandissante donnée aux critères de type qualitatif** dans la procédure de passation est une **avancée majeure**. Cela devrait notamment permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'insérer davantage de clauses environnementales, sociales et éthiques dans leurs cahiers des charges leur permettant de participer à la lutte contre le dumping social. En ce sens, le CESW invite la Région wallonne à prendre acte de cette consécration et à intensifier sa politique d'achats durables au sens de la circulaire wallonne du 28 novembre 2013³⁹.

Les clauses sociales peuvent revêtir plusieurs formes et poursuivent des objectifs divers. Le Conseil souhaite que les **pouvoirs adjudicateurs locaux soient correctement informés** des différents objectifs qui entourent aujourd'hui les clauses sociales, et ce afin qu'ils puissent au mieux orienter le contenu de leurs cahiers des charges suivant les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité. Le CESW entend poursuivre la réflexion en son sein concernant les modalités des clauses sociales et les questions connexes qui y sont liées.

De plus, les partenaires sociaux relèvent l'option prise par le Gouvernement fédéral de maintenir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'avoir recours au **seul critère du prix**. Considérant que la qualité doit avoir la priorité sur le prix et afin d'encourager l'évaluation des offres sur la base du meilleur rapport qualité/prix sans que cela ne s'entende simplement sur le plan financier, ils prônent,

³⁷ Cf. § 5 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 6).

³⁸ Cf. article 71, § 1^{er}, de la Directive 2014/24.

³⁹ Circulaire du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons, MB, 17/12/2013.

comme l'article 67 de la Directive en offre la possibilité, que l'utilisation du seul critère du prix soit exclue dans certains secteurs, comme les secteurs sociaux et de la santé et pour certaines catégories de marchés. Enfin, conscient d'un recours trop systématique au seul critère du prix dans la pratique actuelle, le CESW demande aux pouvoirs adjudicateurs wallons d'assurer un usage attentif et proportionné de la donnée du prix comme référence unique pour le choix de l'offre à laquelle le marché est attribué.

Pour le reste, concernant la variété des critères d'attribution « qualitatifs » désormais autorisés expressément par le texte, le Conseil souligne l'utilité des **exemples fournis dans l'exposé des motifs** du projet de loi. Cependant, il souhaite insister sur la nécessité, en pratique, de ne s'appuyer sur ces exemples que comme des pistes et de les développer de manière précise dans les cahiers des charges afin de permettre des procédures transparentes et objectives.

7. Prix anormaux (article 83 du projet de loi)

L'étape de contrôle des offres anormalement basses est, d'après le CESW, **une phase primordiale** de la procédure de passation pour s'assurer que seuls des opérateurs loyaux participent aux marchés publics. Comme déjà indiqué dans l'avis A.1193, les pouvoirs adjudicateurs doivent être plus méticuleux et intraitables lorsque des offres déposées contiennent des prix anormalement bas⁴⁰.

Or, le Conseil estime que le projet de loi ne prend pas la mesure de l'importance de cette étape dans **la lutte contre le dumping social**. En effet, le texte en projet impose au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix et les coûts proposés dans les offres, mais il ne développe pas davantage le mécanisme et délègue intégralement au Roi la mission de définir les modalités de cette opération et les cas d'exceptions à la vérification. L'exposé des motifs ne fournit pas davantage d'orientations.

Aussi, il serait préférable qu'un canevas de base soit inscrit dans la loi mais, si aucun cadre légal supplémentaire ne ressortait sur ce point des travaux parlementaires fédéraux, le Conseil recommande aux représentants wallons au sein de la Commission fédérale des marchés publics de **s'inspirer de la technique proposée dans la Directive** qui énumère une série d'explications potentielles, notamment celle faisant référence explicitement au principe transversal (dans le cadre de notre droit national, à la règle générale consacrée dans l'article 7 du projet de loi)⁴¹.

Quant à la **démarche de contrôle** en elle-même, le CESW demande au Gouvernement wallon d'examiner les mesures régionales éventuelles pouvant accompagner les pouvoirs adjudicateurs à juger du caractère anormal ou non des offres proposées. Il pourrait s'agir, par exemple, d'envisager la mise en place d'un observatoire des prix dans les marchés publics (qui analyserait jusqu'aux coûts salariaux), l'élaboration de « métrés-types » qui incluraient notamment une ventilation des postes à forte concentration en main d'œuvre mettant ainsi en évidence une cause potentielle des différences entre les prix proposés, ou encore la rédaction de fiches pratiques réalisées en collaboration avec les partenaires sociaux, dont le but serait d'aider les acheteurs à détecter les abus dans les secteurs à risques les plus sensibles.

8. Marchés publics de faible montant (article 91 du projet de loi)

Le Conseil note l'augmentation du seuil de 8.500 à 30.000 euros pour autoriser à passer les marchés sur simple facture acceptée. Il considère qu'il s'agit d'une **belle amélioration** en termes de

⁴⁰ Cf. § 6 du point III.3) de l'avis A.1193 (page 6).

⁴¹ Cf. article 69, § 1^{er}, de la Directive 2014/24.

simplification administrative, mais s'interroge néanmoins sur **l'éventualité d'assouplir encore davantage** les procédures pour ces marchés dont les montants estimés sont inférieurs à 30.000 €, à tout le moins pour certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs et/ou pour certains secteurs.

Conscients que la philosophie du droit belge des marchés publics et ses principes généraux s'appliquent à toutes commandes quelques soient leur montant, le CESW invite le Gouvernement wallon à réfléchir, en collaboration avec les autorités fédérales, à une approche qui permettrait d'introduire une exemption – au moins partielle – de mise en concurrence pour les marchés d'une incidence économique limitée.
