



## **MARCHÉS PUBLICS ET DROIT SOCIAL : INTERSECTIONS ET INFLUENCES**

**Lorraine MONTELLIER,**

*Juriste d'entreprise*

**Aurélien VANDEBURIE,**

*Avocat au barreau de Bruxelles*

*Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles*



---

**SOMMAIRE**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Introduction</b>   | 489 |
| <b>Section 1. Le champ d'application de la réglementation des marchés publics</b> | 489 |
| <b>Section 2. Droit d'accès et sélection qualitative</b>                          | 492 |
| § 1 <sup>er</sup> . Droit d'accès   | 493 |
| A. La réservation de marchés  | 495 |
| B. Les causes sociales d'exclusion de la participation à un marché                | 497 |
| § 2. Sélection qualitative  | 503 |
| <b>Section 3. Le choix de l'adjudicataire</b>                                     | 506 |
| <b>Section 4. L'exécution du marché</b>   | 511 |
| § 1 <sup>er</sup> . Obligations de l'adjudicataire                                | 511 |
| § 2. Obligations du pouvoir adjudicateur  | 516 |
| § 3. Droits des tiers   | 521 |
| <b>Conclusion</b>   | 522 |



*La présente contribution s'intéresse aux points de rencontre entre le droit social et le droit de la commande publique, afin d'évaluer dans quelle mesure l'un et l'autre s'influencent. Sont successivement examinés les points d'intersection existant entre la réglementation sociale et les règles relatives au champ d'application de la réglementation des marchés publics, à celles qui régissent l'accès des entreprises au marché et le choix de l'adjudicataire ainsi qu'à celles qui s'appliquent à l'exécution du marché.*

*Il en résulte que les points de rencontre entre ces deux disciplines sont nombreux. Certains d'entre eux illustrent un phénomène déjà constaté ailleurs, celui de l'extension tentaculaire du champ d'application de la réglementation des marchés publics. Cette extension aboutit à modifier la pratique des acteurs du droit social, voire certains de ses fondements, tel le droit de négociation collective. Le droit social exerce quant à lui une influence déterminante sur le choix des entreprises pouvant concourir pour l'attribution d'un marché ainsi que dans le cadre des obligations et opérations aboutissant au choix de l'adjudicataire d'un marché. Le droit de la commande publique produit quant à lui des obligations propres pour assurer le respect de la réglementation sociale lors de l'exécution du marché. Il y est toutefois également bousculé « de l'extérieur » par le droit social.*

*Deze bijdrage zoomt in op de kruising tussen het sociaal recht en de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten, om uit te maken in hoeverre beide rechtstakken elkaar beïnvloeden. Achtereenvolgens komen de volgende thema's aan bod: het snijpunt tussen het sociaal recht en de werkingssfeer van de reglementering inzake de overheidsopdrachten, de regels die de toegang van de ondernemingen tot de markt en de keuze van de bieder beheersen, en de bepalingen die van toepassing zijn bij de uitvoering van de overheidsopdracht.*

*Uit deze studie blijkt dat er tal van punten van overeenstemming zijn tussen deze twee rechtsdisciplines. Sommige punten werden al eerder vastgesteld, zoals de gestage verruiming van het toepassingsgebied van de wetgeving aangaande de overheidsopdrachten. Deze verruiming leidt tot een wijziging in de praktijk van de actoren van het sociaal recht, zelfs van sommige van zijn fundamenteën, zoals het recht op collectieve onderhandeling. Het sociaal recht van zijn kant oefent een determinerende invloed uit op de keuze van de ondernemingen die kunnen meedingen bij de gunning van een overheidsopdracht, en ook op het geheel van verplichtingen en handelingen die leiden tot de keuze van de bieder. Het recht in verband met de overheidsopdrachten legt eigen verplichtingen op met het oog op het verzekeren van de naleving van de sociale wetgeving bij het uitvoeren van een overheidsopdracht. Dit recht wordt echter tegelijk van buitenaf gestuurd door het sociaal recht.*



## Introduction

**1. Objet**<sup>(1)</sup> – La présente contribution s'intéresse aux relations existantes entre la réglementation des marchés publics et le droit social (au sens large). Ainsi présenté, le domaine d'investigation de notre étude est particulièrement large. Il convenait donc de choisir un « angle d'attaque » propice à la réalisation d'un article qui puisse prendre place dans les colonnes de cette revue. Nous avons dès lors décidé d'examiner dans la présente contribution les *points de rencontre* entre le droit social et le droit de la commande publique<sup>(2)</sup>, afin d'évaluer dans quelle mesure l'un et l'autre s'influencent.

**2. Plan** – Ces points d'intersection seront présentés selon un plan classique dans l'enseignement du droit de la commande publique, allant de l'examen de son champ d'application (section 1) jusqu'aux règles qui s'appliquent à l'exécution du marché (section 4), en passant par celles qui régissent l'accès des entreprises au marché (section 2) ainsi que le choix de l'adjudicataire (section 3).

Cette présentation, certes arbitraire, offre l'avantage de pouvoir exposer simplement aux moins initiés un régime juridique qui gagne chaque année en complexité. Si le lecteur averti trouvera rapidement son chemin dans cette architecture, il voudra bien nous pardonner çà et là des développements parfois plus généraux, destinés à introduire la matière à ceux qui n'y sont pas (encore) familiers.

## Section 1. Le champ d'application de la réglementation des marchés publics

**3. Champ d'application personnel**<sup>(3)</sup> – La loi du 15 juin 2006<sup>(4)</sup> s'applique, notamment, aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques<sup>(5)</sup>. Sont ainsi visés,

(1) La matière consultée est arrêtée au 1<sup>er</sup> août 2014.

(2) Sur cette matière, voy., entre autres, D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009 ; S. VAN GARSSE (ed.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics – Loi du 15 juin 2006*, Bruxelles, Politeia, 2011 ; X, *Overheidsopdrachten. Het K.B. plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren toegelicht*, Brugge, Vanden Broele, 2012 ; Y. CABUY (dir.), *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; A.-L. DURVIAUX, *La passation et l'exécution des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; B. LOMBAERT (dir.), *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques*, Waterloo, Kluwer, 2014 ; A. DELVAUX et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 7<sup>e</sup> éd., Bruxelles, C.N.C, 2014 ; S. BEN MASSOUD et F. VISEUR (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; A.-L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et des contrats publics*, Bruxelles, La Charte, 2014 ; P. THIEL (dir.), *La commande publique*, Waterloo, Kluwer, 2014.

(3) Sur cette question, voy. F. VANDEN DRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., 2009, pp. 77-234 ; B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, op. cit., pp. 47-128.

(4) Art. 2, 12 et 44 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ci-après la « loi du 15 juin 2006 ».

(5) On entend par entreprise publique toute entreprise exerçant une activité visée par la loi dans les secteurs dits « spéciaux », à savoir l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux, et sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante

entre autres, l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, mais aussi les personnes morales qui se trouvent dans une situation de dépendance étroite par rapport à un pouvoir adjudicateur.

Revêtent en effet la qualité de pouvoir adjudicateur <sup>(6)</sup> les personnes, quelles que soient leur forme et leur nature, qui à la date de la décision de lancer un marché :

1° ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial <sup>(7)</sup>, et

2° sont dotées d'une personnalité juridique, et

3° dont

- soit l'activité est financée majoritairement par des autorités ou organismes publics ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes ;
- soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes.

Chacun de ces critères reçoit, de la Cour de justice de l'Union européenne, une interprétation fonctionnelle <sup>(8)</sup> qui aboutit à élargir considérablement le champ d'application de la réglementation des marchés publics, également dans des domaines où le droit social exerce son emprise.

Ainsi la Cour de justice a-t-elle estimé que les caisses publiques d'assurance maladie allemandes doivent être qualifiées d'organismes de droit public, au motif, notamment, que celles-ci sont financées majoritairement par des autorités ou organismes

---

du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (article 2, 2°, de la loi du 15 juin 2006).

(6) Aux termes de l'article 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ci-après, l'« arrêté royal du 15 juillet 2011 », la réglementation des marchés publics s'applique également, pour l'essentiel, aux marchés des personnes de droit privé ne répondant pas à ces exigences, qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° le montant estimé du marché atteint le seuil de publicité européenne ;

2° le marché est subventionné directement à plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur ;

3° le marché a pour objet :

a) soit des travaux de génie civil ou des ouvrages relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs, de loisirs, aux bâtiments scolaires, universitaires ou à usage administratif ;

b) soit des services qui sont liés aux travaux ou ouvrages mentionnés ci-dessus.

(7) La Cour de justice de l'Union européenne définit les besoins d'intérêt général à « caractère autre qu'industriel ou commercial » comme « des besoins satisfaits autrement que par l'offre de biens ou de services et que l'État, pour des raisons liées à l'intérêt général, choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il veut exercer une influence déterminante » (C.J.U.E., 10 mai 2001, C-223/99, *Agora et excelsior*, pt 37 ; C.J.U.E., 10 avril 2008, C-393/06, *Ing. Ainer*, pt 40). *Adde* considérant n° 10 de la directive 2014/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après, la « directive 2014/24 ») : « un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un "organisme de droit public", étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial ».

(8) C.J.U.E., 12 septembre 2013, C-526/11, *IVD*, pt 21.



publics<sup>(9)</sup>. L'examen du système de sécurité sociale allemand, comparable au nôtre, révèle que les cotisations obligatoires des assurés constituent le financement largement majoritaire desdites caisses. Selon la Cour de justice, un mode de financement indirect suffit cependant en l'espèce pour établir qu'il est satisfait à la condition de financement majoritaire, lorsque :

- les cotisations des affiliés sont versées sans contreprestation spécifique<sup>(10)</sup> ;
- l'affiliation à une telle caisse ainsi que le paiement de ces cotisations sont rendus obligatoires par la loi ;
- le taux de ces dernières, bien que formellement fixé par ces caisses elles-mêmes, est, d'une part, juridiquement imposé, la loi déterminant les prestations servies par lesdites caisses de même que les dépenses corrélatives et leur fait interdiction d'exercer leurs fonctions dans un but lucratif, et doit, d'autre part, être autorisé par l'autorité de tutelle ;
- le recouvrement est effectué de manière contraignante sur la base de dispositions de droit public.

On peut en déduire que le financement d'un régime public d'assurance maladie, même lorsqu'il repose majoritairement sur les cotisations des assurés, mais qu'il trouve sa genèse dans les actes de l'État et reste soumis à un contrôle de celui-ci, constitue un financement par des autorités ou organismes publics au sens de l'article 2 de la loi du 15 juin 2006.

Cette conclusion n'est pas sans incidence sur bon nombre d'établissements ou organismes, notamment de soins de santé, lorsque ceux-ci sont financés majoritairement au moyen des cotisations obligatoires des assurés du système de sécurité sociale.

**4. Champ d'application matériel** – La loi du 15 juin 2006 s'applique aux marchés de travaux, de fournitures et de services. Elle ne s'applique toutefois pas aux contrats d'emploi<sup>(11)</sup>, c'est-à-dire aux contrats de travail. Les services de placement et de mise à disposition de personnel tombent cependant bien sous le champ d'application de la loi, même si le droit européen permet que des règles particulières leur soient réservées<sup>(12)</sup>. De même, la désignation d'organismes d'assurance en charge de la mise en

(9) C.J.U.E., 11 juin 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik*. Voy. A. BROWN, « Whether German Sickness Insurance Funds are Contracting Authorities and the Categorisation of a Fund's Contract for the Supply of Orthopaedic Footwear: Hans and Christophorus Oymanns GbR v AOK Rheinland/Hamburg (C-300/07) », *Public Procurement Law Review*, 2009, n° 6, NA217.

(10) Aucune contrepartie contractuelle concrète n'est liée à ces versements, dans la mesure où ni l'obligation de cotisation ni le montant de celle-ci ne constituent le résultat d'un accord entre les caisses publiques d'assurance maladie et leurs affiliés, ces derniers étant obligés en vertu de la loi de verser la cotisation du seul fait de leur affiliation, laquelle est également imposée par la loi. En outre, le montant des cotisations est uniquement fonction de la capacité contributive de chaque assuré, d'autres éléments, tels que l'âge de celui-ci, son état de santé ou le nombre de personnes assurées de son chef, n'étant pas pertinents à cet égard.

(11) Art. 18, al. 2, de la loi du 15 juin 2006.

(12) De tels marchés sont rangés dans la catégorie 22 de l'annexe II b de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de

œuvre d'une mesure de conversion salariale en épargne-retraite, conversion négociée entre partenaires sociaux, relève du champ d'application de la réglementation des marchés publics<sup>(13)</sup>.

Cette dernière affirmation peut, de prime abord, surprendre, lorsqu'on sait que, pour la Cour de justice, les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'actuel article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>(14)</sup>. C'est d'ailleurs l'argument qu'invoquait dans cette affaire la République d'Allemagne pour contester que l'attribution de tels contrats tombe sous le champ d'application des directives marchés publics.

La Cour a rejeté cet argument. Si elle rappelle le caractère fondamental du droit de négociation collective, elle considère que ce droit ne saurait, en tant que tel, impliquer la soustraction automatique des employeurs communaux au respect des exigences découlant des directives marchés publics, qui font application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics. Elle rappelle également que l'exercice d'un droit fondamental tel que le droit de négociation collective peut être soumis à certaines restrictions. L'exercice du droit fondamental de négociation collective doit ainsi être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, que visent, en l'occurrence, à mettre en œuvre les directives 92/50 et 2004/18, et être conforme au principe de proportionnalité. La Cour prend toutefois le soin de vérifier que le respect des directives en matière de marchés publics de services ne s'avère pas inconciliable avec la réalisation de l'objectif social poursuivi par les partenaires sociaux dans l'exercice de leur droit de négociation collective. Tel n'était cependant pas le cas en l'espèce.

## Section 2. Droit d'accès et sélection qualitative

### 5. Généralités<sup>(15)</sup> – La sélection des opérateurs économiques postulant à un marché public s'opère à la lumière des causes d'exclusion – lesquelles définissent *a contrario*

passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après la « directive 2004/18 ». Voy. également l'article 74 de la directive 2014/24, qui prévoit des règles de passation plus souples pour ces marchés.

- (13) C.J.U.E, 15 juillet 2010, C-271/08, *Commission c. Allemagne*. Voy., not., Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *Chron. D.S.*, 2011, pp. 61-64.
- (14) C.J.U.E., 21 septembre 1999, C-67/96, *Albany* ; C.J.U.E., 21 septembre 2000, C-222/98, *van der Woude*.
- (15) Voy. K. RONSE, « De selectie », in D. D'HOOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 323-398 ; K. WAUTERS et T. CAMBIER, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 387 et s. ; K. WAUTERS, « Toegangsrecht en kwalitatieve selectie », in *Overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 21-53 ; A.-L. DURVIAUX, *La passation et l'exécution des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 57 ; Y. CABUY (dir.), *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, op. cit., pp. 155-253 ; B. GORS et L. VANSNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, op. cit., pp. 239-320 ; A. DELVAUX et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., t. 1A, p. 271, n<sup>os</sup> 1-3 ; I. VAN KRUCHTEN, « La passation », in P. THIEL (dir.), *La commande publique*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 83-127.

l'étendue du droit d'accès à un marché des opérateurs économiques <sup>(16)</sup> – et des critères de sélection qualitative <sup>(17)</sup>. Ce n'est qu'après avoir passé avec succès cette première étape de sélection que les candidats ou soumissionnaires <sup>(18)</sup> pourront espérer remporter le marché au terme de la phase d'attribution, qui vise à apprécier la qualité intrinsèque des offres.

Après un bref rappel de ces notions, nous analyserons dans quelle mesure un pouvoir adjudicateur peut, voire doit prendre en compte des *aspects sociaux* pour procéder à cette sélection. Nous étudierons cette question dans le cadre du droit d'accès d'abord et de la sélection qualitative ensuite.

Nous verrons ainsi que plusieurs dispositions relatives au droit d'accès permettent à un pouvoir adjudicateur de procéder à l'*exclusion* d'un opérateur économique pour des considérations d'ordre social, ou encore de *réserver* l'accès au marché à certains opérateurs poursuivant un objectif social. L'examen du droit positif permettra de mettre également en évidence que des considérations d'ordre social peuvent dorénavant permettre de procéder à l'évaluation de l'aptitude d'une entreprise à réaliser un marché.

### § 1<sup>er</sup>. Droit d'accès

**6. Notions** – La législation sur les marchés publics donne la possibilité à un pouvoir adjudicateur de réserver ses marchés à certaines entreprises, excluant de ce fait les autres de l'accès à ces marchés. Elle comporte, en outre, une liste exhaustive des cas dans lesquels la *situation personnelle* d'un candidat/soumissionnaire peut <sup>(19)</sup>, voire doit <sup>(20)</sup> entraîner son exclusion de l'accès à une procédure de passation de marché. Il s'agit essentiellement de certaines infractions pénales, de l'état de faillite <sup>(21)</sup>, de l'existence d'une condamnation affectant la moralité professionnelle de l'entreprise, de la faute professionnelle grave, du défaut de paiement de prélèvements obligatoires <sup>(22)</sup> ou encore de l'occupation de travailleurs séjournant irrégulièrement sur le territoire. Ces causes d'exclusion sont énumérées de manière exhaustive <sup>(23)</sup>.

(16) Le droit d'accès vise la situation personnelle de l'opérateur économique (art. 20-22 de la loi du 15 juin 2006 ; art. 61-66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66-71 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, ci-après l'« arrêté royal du 16 juillet 2012 »).

(17) La sélection qualitative s'opère sur base de la capacité économique, financière et technique de l'opérateur (art. 67-69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 72-78 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012).

(18) Le *candidat* est l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui introduit une *demande de participation* en vue de sa sélection pour un marché passé dans le cadre d'une procédure restreinte, par procédure négociée avec publicité ou par dialogue compétitif, ou encore en vue de la constitution d'une liste de candidats sélectionnés ou d'un système de qualification. Le *soumissionnaire* désigne l'entrepreneur, le fournisseur, le prestataire de services ou le candidat sélectionné qui remet une *offre* pour un marché.

(19) Pour les causes d'exclusion facultatives.

(20) Pour les causes d'exclusion obligatoires.

(21) Ou situation assimilée.

(22) Dettes sociales et fiscales.

(23) Cette énumération exhaustive n'exclut cependant pas la faculté des États membres de maintenir ou d'établir, en sus de ces causes d'exclusion, des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des

Pour franchir avec succès cette étape dite du *droit d'accès*, l'opérateur économique doit dès lors justifier de ce qu'il présente toutes les garanties de moralité professionnelle et de santé financière <sup>(24)</sup>. Pour ce faire, il ne peut, en principe, se trouver dans une des situations décrites dans les *causes d'exclusion* <sup>(25)</sup>.

Celles-ci ont été définies par la Cour de justice comme étant « fondées sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à [l'entreprise] concerné[e], de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les [prestations] couvert[e]s par le marché public auquel [elle] soumissionne » <sup>(26)</sup>.

À ce stade, il s'agit donc exclusivement de vérifier, sur la base d'éléments objectifs, la *situation personnelle* du candidat ou du soumissionnaire, indépendamment de son offre ou du marché projeté. À défaut de pouvoir justifier au moment du dépôt des candidatures ou des offres <sup>(27)</sup> d'une certaine honorabilité professionnelle, la demande de participation ou l'offre devra être déclarée irrecevable et ne sera donc pas analysée plus avant.

Les causes d'exclusion sont soit obligatoires, soit facultatives. Les premières <sup>(28)</sup> imposent, en principe <sup>(29)</sup>, au pouvoir adjudicateur d'exclure le candidat ou le soumis-

---

soumissionnaires et de transparence, qui constituent la base des directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics, à la condition toutefois que le principe de proportionnalité soit observé (C.J.U.E., 16 décembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, pts 47-48 ; C.J.U.E., 19 mai 2009, C-538/07, *Assitur*, pt 21). Le droit de l'Union doit, ainsi, être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale – en l'espèce, la loi belge – qui impose à l'entrepreneur établi dans un autre État membre, aux fins de l'attribution d'un marché dans l'État membre du pouvoir adjudicateur, l'obligation d'être titulaire, dans ce dernier État membre, d'un enregistrement relatif à l'absence des causes d'exclusion énumérées à l'article 24, premier alinéa, de la directive 93/37, à condition qu'une telle obligation n'entrave ni ne retarde la participation de l'entrepreneur au marché public en cause, ni n'engendre de charges administratives excessives, et qu'elle ait uniquement pour objet la vérification des qualités professionnelles de l'intéressé, au sens de cette disposition (C.J.U.E., 15 juillet 2010, C-74/09, *BPC*).

(24) La santé financière de l'entreprise fera cependant encore l'objet d'un contrôle ultérieur au stade de la sélection qualitative, à la lumière des critères de capacité financière.

(25) Art. 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(26) C.J.U.E., 16 décembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, pt 42.

(27) La survenance d'une situation d'exclusion entre le moment de l'introduction d'une demande de participation ou d'une offre et l'attribution du marché peut aussi amener un pouvoir adjudicateur à revoir la sélection d'une entreprise dont la situation se serait dégradée (art. 58, § 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 63, § 5, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012). Ainsi, le défaut de paiement des cotisations sociales postérieurement à l'ouverture des offres peut amener le pouvoir adjudicateur à revoir sa décision de sélection (A. DELVAUX *et al.*, *op. cit.*, t. 1B, p. 1157, n° 12).

(28) Les causes d'exclusion obligatoires sont au nombre de quatre : 1° participation à une organisation criminelle telle que définie à l'art. 324bis du Code pénal ; 2° corruption telle que définie aux art. 246 et 250 du Code pénal ; 3° fraude telle que définie à l'art. 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002 ; 4° blanchiment d'argent comme déterminé à l'art. 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. Ces situations doivent avoir fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour entraîner l'exclusion (art. 61, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012).

(29) Sauf en cas d'exigences impératives d'intérêt général, telle, par exemple, une situation de monopole de l'entreprise en situation d'exclusion obligatoire (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2237/1, p. 36 ; Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

sionnaire.

Les secondes <sup>(30)</sup>, en revanche, permettent au pouvoir adjudicateur d'user d'une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation de la gravité du manquement et quant à l'opportunité de procéder à l'éviction du candidat ou du soumissionnaire qui ne satisfait pas aux conditions d'accès requises. Une décision de non-exclusion doit cependant être particulièrement motivée, notamment au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que du principe de bonne administration <sup>(31)</sup>.

#### A. La réservation de marchés

**7. Marchés réservés aux ateliers protégés** – Les articles 22 et 65 de la loi du 15 juin 2006 permettent à un pouvoir adjudicateur ou à une entreprise publique de réserver l'accès à la procédure de passation à des *ateliers protégés* ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. La réservation d'accès doit être mentionnée dans l'avis de marché ou tout document de marché en cas d'absence de celui-ci.

On entend par *atelier protégé* toute entreprise agréée dans le cadre :

- de l'arrêté de gouvernement flamand du 17 décembre 1999 fixant les conditions d'agrément des ateliers protégés ;
- du décret de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif aux ateliers sociaux ;
- de l'arrêté du gouvernement wallon du 7 novembre 2002 relatif aux conditions auxquelles les entreprises de travail adapté sont agréées et subventionnées ;

(30) Peut ainsi être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :

1° qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales ;

2° qui a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales ;

3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle ;

4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave ;

5° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (secteurs classiques) ou de l'article 67 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (secteurs spéciaux) ;

6° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi, conformément aux dispositions de l'article 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (secteurs classiques) ou de l'article 68 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (secteurs spéciaux) ;

7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements (art. 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012).

(31) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

- du décret du 4 mars 1999 de la Commission communautaire française relatif à l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ;
- de la loi du 16 avril 1963 relative au reclassement social des handicapés pour ce qui concerne les entreprises de travail adapté de la Communauté germanophone.

Sont ainsi visées des entreprises mettant au travail des personnes qui, compte tenu de leur handicap, ne pourraient accéder au marché de l'emploi dans des conditions normales <sup>(32)</sup>.

La réservation d'accès à ces entreprises est possible pour tous les marchés, de niveau national ou européen. Une telle réservation ne pourra cependant jamais conduire à une quelconque discrimination directe ou indirecte à l'égard d'un atelier protégé établi sur le territoire d'un autre État membre et remplissant les mêmes conditions <sup>(33)</sup>. Dans l'hypothèse d'un marché ayant dû faire l'objet de mesures de publicité, des ateliers protégés établis dans d'autres États membres pourront donc participer à celui-ci <sup>(34)</sup>.

En outre, les principes d'égalité de traitement et de transparence restent bien évidemment de rigueur tout au long de la procédure et les exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative doivent être strictement respectées par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique <sup>(35)</sup>.

**8. Marchés réservés aux entreprises d'économie sociale d'insertion** <sup>(36)</sup> – Dans les secteurs classiques, la loi permet également à un pouvoir adjudicateur de réserver l'accès à la procédure de passation à des *entreprises d'économie sociale d'insertion* <sup>(37)</sup>, pour autant que :

- le marché n'atteigne pas les seuils de publicité européenne <sup>(38)</sup> ;
- les règles du Traité (égalité de traitement et transparence) soient respectées.

L'article 22, § 2, de la loi instaure ainsi un régime de discrimination positive en faveur d'entreprises impliquées sur le plan social <sup>(39)</sup>. Cette possibilité n'est pas nouvelle ; elle était déjà prévue par la loi du 24 décembre 1993.

(32) M. VASTMANS et S. WAUTHIER, « Commentaire de l'article 22 », in S. VAN GARSSE (ed.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics – Loi du 15 juin 2006, op. cit.*, titre II/102 et s. ; considérant 28 de la directive 2004/18/CE.

(33) A. DELVAUX et al., *op. cit.*, t. 1A, p. 276, n° 1.

(34) Y. CABUY (dir.), *op. cit.*, p. 183, n° 260 ; M. VASTMANS et S. WAUTHIER, *op. cit.*, note 20, titre II/104.

(35) M. VASTMANS et S. WAUTHIER, *op. cit.*, titre II/104, qui renvoient à l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2237/1.

(36) Voy. A.-L. DURVIAUX, « Marchés publics et économie sociale : l'union impossible ? », *Actualités du droit*, 2000, p. 660 ; A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, « Marchés publics et développement durable : quelles possibilités de prise en compte des particularités des entreprises d'économie sociale et socialement responsables ? », *Cahiers de Sciences politiques de l'ULg*, n° 12, 2006, pp. 1-17.

(37) Définies comme répondant aux conditions de l'art. 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, ou remplissant des conditions équivalentes dans l'état d'origine du candidat/soumissionnaire.

(38) Actuellement : 5 186 000 euros pour les travaux ; 207 000 euros et 414 000 euros pour les fournitures et services, respectivement pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Ce montant est, en règle, de 134 000 euros pour les marchés de services des pouvoirs adjudicateurs fédéraux.

(39) Y. CABUY, *op. cit.*, n°s 259 et s.

Cela étant, cette faculté est peu souvent mise en pratique. Il est vrai qu'elle paraît surtout praticable pour les marchés ne présentant pas d'exigences trop strictes en matière de planning d'exécution ou encore n'impliquant pas une grande complexité technique. La Commission fédérale des marchés publics suggère d'ailleurs aux entreprises d'économie sociale d'insertion d'agir par le biais de la sous-traitance, domaine dans lequel elles trouveront plus normalement des marchés correspondant à leur niveau de capacité<sup>(40)</sup>. La circulaire du gouvernement fédéral du 16 mai 2014 abonde en ce sens, sans exclure toutefois la possibilité de réserver directement certains marchés ou lots pour ces entreprises<sup>(41)</sup>.

**9. Agréation des entrepreneurs de travaux** – La réglementation des marchés publics renvoie expressément aux exigences prévues par la loi sur l'agréation des entrepreneurs de travaux, sur laquelle elle s'appuie<sup>(42)</sup>. Un marché public de travaux ne peut donc, en règle<sup>(43)</sup>, être attribué qu'à une entreprise agréée ou ayant fourni la preuve qu'elle remplit les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation des entrepreneurs de travaux. Celle-ci aura donc dû démontrer dans le cadre de la procédure d'agréation ou de situation équivalente qu'elle satisfait, notamment, à ses obligations sociales<sup>(44)</sup>.

B. Les causes sociales d'exclusion de la participation à un marché

**10. Occupation de travailleurs séjournant irrégulièrement sur le territoire** – Modifié par une loi du 15 mai 2014, l'article 20, § 1/1, de la loi du 15 juin 2006 prévoit que sauf exigences impératives d'intérêt général, est, en principe<sup>(45)</sup>, exclu de l'accès au marché des secteurs classiques, à quelque stade que ce soit de la procédure, tout candidat ou soumissionnaire pour lequel il est établi qu'il a occupé, en tant qu'employeur, des ressortissants de pays tiers en séjour illégal au sens de la loi du 11 février 2013 prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. L'exclusion de la participation aux marchés publics vaut pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. Cette disposition s'applique de la même manière à l'égard de l'entité, par exemple un sous-traitant, à laquelle le

(40) Cité par *ibid.*, n° 261.

(41) Circulaire du 16 mai 2014 relative à l'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.*, 21 mai 2014. Dans ce sens également, l'art. 7, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, de l'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics.

(42) Art. 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 73 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(43) Une agréation n'est pas requise pour les travaux dont le montant est inférieur à 75 000 euros, TVA non comprise, pour les travaux rangés en catégories, et à 50 000 euros, TVA non comprise, pour les travaux rangés en sous-catégories. Cela étant, de tels marchés ne peuvent toutefois à être attribués qu'à des entrepreneurs qui, notamment, satisfont à leurs obligations sociales (art. 3, § 3, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux).

(44) Art. 4, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup>, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux.

(45) Le Roi peut déterminer des exceptions pour les petits marchés se situant en dessous du montant qu'il fixe et peut imposer une durée maximale d'application de l'exclusion et fixer les modalités à respecter en la matière. La durée de l'exclusion ne peut en aucun cas excéder cinq ans.

candidat ou le soumissionnaire fait appel lorsque la capacité de cette entité est déterminante pour la sélection du candidat ou du soumissionnaire. Il en résulte que le candidat ou le soumissionnaire ayant fait appel, pour remplir les critères de sélection qualitative, aux capacités d'un tiers exclu sur cette base ne pourra pas être lui-même sélectionné.

Devrait également voir son offre ou sa demande de participation écartée le soumissionnaire ou le candidat qui, sans faire appel à la capacité d'un tiers pour être sélectionné, a signalé, à la demande du pouvoir adjudicateur, qu'il entendait confier une partie de l'exécution du marché à une entité frappée d'exclusion. En revanche, une telle sanction ne nous paraît pas devoir s'appliquer si l'entité concernée par l'exclusion visée à l'article 20, § 1/1, de la loi du 15 juin 2006 figure sur une liste comprenant plusieurs entités potentielles avec lesquelles le candidat ou le soumissionnaire entend travailler, si seules certaines de ces entités sont concernées par l'exclusion. Le pouvoir adjudicateur devra cependant veiller à ce que l'adjudicataire ne fasse pas appel à ces tiers lors de l'exécution du marché.

**11. Condamnation affectant la moralité professionnelle** – Un pouvoir adjudicateur peut exclure de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, un candidat/soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, pour tout délit affectant sa moralité professionnelle <sup>(46)</sup>. L'exclusion doit cependant résulter d'un jugement ayant force de chose jugée, c'est-à-dire n'étant plus susceptible d'un recours ordinaire (appel et opposition).

Ainsi, un opérateur économique ayant été condamné pour avoir enfreint le droit social en matière de sécurité au travail, de discrimination entre travailleurs <sup>(47)</sup> ou encore d'interdiction de travail clandestin <sup>(48)</sup> pourrait se voir exclu d'une procédure de passation. Le pouvoir adjudicateur dispose cependant d'un pouvoir discrétionnaire afin d'apprécier si la décision dont question porte sur des faits suffisamment graves que pour justifier l'exclusion. En tout état de cause, cette appréciation devra être formellement motivée et intervenir en tenant compte du principe de proportionnalité <sup>(49)</sup>.

**12. Faute professionnelle grave** – Un candidat ou un soumissionnaire peut se voir exclu de l'accès à la passation d'un marché s'il a commis une faute grave en matière professionnelle <sup>(50)</sup>. Celle-ci a été définie par la Cour de justice comme : « tout comportement fautif qui a une influence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur

(46) Art. 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(47) 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, p. 652 ; *Intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics et promotion de l'accès aux PME*, Note de cadrage et conseils juridiques à l'attention des praticiens des marchés publics, SPW Éditions, février 2014, p. 30, consultable sur le site <http://marchespublics.cfwb.be/fr/index.html>.

(48) Commission européenne, Communication interprétative de la Commission du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, Bruxelles, 15 octobre 2001, COM (2001) 566 final, p. 11.

(49) P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2014*, Bruxelles, Kluwer, 2014, p. 887, n<sup>o</sup> 757.

(50) Art. 61, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.



en cause et non pas seulement des violations de normes de déontologie au sens strict de la profession à laquelle appartient cet opérateur [...]. La faute grave doit être comprise comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part »<sup>(51)</sup>.

Contrairement au délit affectant la moralité professionnelle, une décision juridictionnelle définitive n'est donc pas exigée<sup>(52)</sup>. La faute professionnelle peut dès lors être constatée par tout moyen dont le pouvoir adjudicateur justifie. Néanmoins, toute exclusion sur cette base devra nécessairement faire l'objet d'une appréciation individualisée et *in concreto* par le pouvoir adjudicateur<sup>(53)</sup>. Il n'est nullement question que cette sanction puisse être automatique<sup>(54)</sup>. Si la méconnaissance de ses obligations contractuelles par une entreprise peut être potentiellement constitutive d'une faute en matière professionnelle, la moindre erreur d'exécution n'équivaut pas automatiquement à une faute grave<sup>(55)</sup>.

Une décision d'exclusion fondée sur cette disposition doit être formellement et adéquatement motivée<sup>(56)</sup>, de manière à permettre à l'opérateur de comprendre précisément quels éléments concrets ont été retenus pour considérer qu'une faute grave, justifiant son exclusion, a été retenue à son encontre<sup>(57)</sup>.

L'écartement d'une entreprise pour faute professionnelle grave ayant pour conséquence de restreindre la concurrence, cette mesure devra, outre le fait d'être motivée avec soin, reposer sur des motifs légitimes et être proportionnée au manquement constaté<sup>(58)</sup>.

Ces principes étant rappelés, il convient de s'interroger sur les *fautes d'ordre social* pouvant être considérées comme graves au sens des articles 61, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et 66, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. La circulaire fédérale du 16 mai 2014<sup>(59)</sup> relative à l'intégration du développement durable dans le cadre des marchés publics des autorités adjudicatrices fédérales rappelle que le non-respect des conventions de base de l'Organisation internationale du travail peut être constitutif d'une telle faute professionnelle lourde<sup>(60)</sup>. Ainsi, une entreprise ne

(51) C.J.U.E., 13 décembre 2012, C-465/11, *Forposta* ; C.E., 18 janvier 2012, n° 217.306, S.A. *Rousseaux*.

(52) C.E., 18 janvier 2012, n° 217.306, S.A. *Rousseaux*. Par ailleurs, dans cette décision, le Conseil d'État précise que, l'agrégation ne procurant qu'une présomption réfragable de savoir-faire technique et d'aptitude économique, celle-ci n'empêche pas la constatation d'une faute dans le chef d'un soumissionnaire.

(53) C.E., 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 222.704, S.A. *Coface Services Belgium*.

(54) C.J.U.E., 13 décembre 2012, C-465/11, *Forposta*.

(55) A. DELVAUX *et al.*, *op. cit.*, t. 1B, p. 1178, n<sup>os</sup> 11 et 12.

(56) C.E., 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 222.704, S.A. *Coface Services Belgium* ; C.E., 24 octobre 2013, n° 225.234, S.A. *Gillion Construct*.

(57) C.E., 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 222.704, S.A. *Coface Services Belgium*.

(58) A. VANDEBURIE, « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », in K. WAUTERS (dir.), *Contrats publics*, Bruxelles, Anthemis, 2014, pp. 167-168, n° 19.

(59) Circulaire du 16 mai 2014 relative à l'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.*, 21 mai 2014.

(60) Ces normes de l'O.I.T. consacrent en particulier : le droit à la liberté syndicale ; le droit d'organisation et négociation collective ; l'interdiction du travail forcé ; l'interdiction de discrimination en matière de travail et de rémunération ; l'âge minimum fixé pour le travail des enfants.

respectant pas l'égalité salariale ou des chances entre les hommes et les femmes pourrait être exclue sur la base de ce constat <sup>(61)</sup>.

Cette cause d'exclusion peut également viser le non-respect de dispositions en matière de santé et de sécurité des travailleurs <sup>(62)</sup>, voire l'existence de dettes importantes de cotisations de sécurité sociale <sup>(63)</sup>, même si la qualification de faute grave sera rarement retenue dans cette hypothèse dès lors qu'il est admis que l'opérateur en question peut être exclu directement pour ce motif, sans qu'il soit nécessaire de le qualifier en outre de faute professionnelle grave.

**13. Obligation de paiement des cotisations de sécurité sociale** <sup>(64)</sup> – Parmi les causes d'exclusion facultatives figure également l'obligation pour le candidat/soumissionnaire d'être en règle de paiement de ses cotisations de sécurité sociale <sup>(65)</sup>.

Si le candidat/soumissionnaire n'est pas en règle à cet égard, le pouvoir adjudicateur pourra décider d'écarter sa soumission, sans qu'il soit tenu de prouver en outre que ce comportement constitue une faute professionnelle grave dans son chef. L'exclusion n'est donc pas automatique, le pouvoir adjudicateur disposant d'un pouvoir d'appréciation <sup>(66)</sup> à l'égard d'une demande de participation ou d'une offre qui n'est pas de ce seul fait tenue expressément comme irrégulière <sup>(67)</sup>, même si la tolérance admise par la réglementation <sup>(68)</sup> est dépassée. Une motivation circonstanciée sera toutefois requise compte tenu des conséquences de l'existence d'une telle dette et des tolérances admises.

Est en règle le candidat/soumissionnaire qui n'a pas dette en cotisations supérieure à un montant de 3 000 euros <sup>(69)</sup>, à moins qu'il n'ait obtenu pour une dette excédant ce montant des délais de paiement qu'il respecte strictement.

En outre, même si la dette en cotisations est supérieure à 3 000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant

(61) N. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 652.

(62) Commission européenne, Communication interprétative de la Commission du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, Bruxelles 15 octobre 2001, COM (2001) 566 final, p. 11.

(63) Rappr. avec la législation italienne, dont il était question dans l'arrêt de la Cour de justice du 10 juillet 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libo Lavori Pubblici*.

(64) Art. 61, § 2, 5°, et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 2, 5°, et 67 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(65) Sont ici visées les cotisations ONSS et INASTI. La référence à la sécurité d'existence (O.P.O.C.) a été supprimée dès lors que cette obligation concerne uniquement les travailleurs du secteur de la construction et que son respect fait l'objet d'une vérification lors de l'octroi de l'agrément des entrepreneurs.

(66) A. DELVAUX *et al.*, *op. cit.*, t. 1B, p. 1184, n° 1, et jurisprudence citée dont Civ. Bruxelles, 22 septembre 2010, *M.C.P.*, 2011, p. 140.

(67) L'ancienne réglementation présentait à cet égard un formalisme qui a, à raison, pu être jugé excessif (à ce sujet, voy. M.-A. FLAMME *et al.*, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, C.N.C., 1996, pp. 891 et s.).

(68) Quant à la situation en cas de contestation de dette de l'ONSS, voy. M. VASTMANS et S. WAUTHIER, *op. cit.*, titre V/36.

(69) Ce montant de la dette tolérée était antérieurement de 2 500 euros.

au moins égal, à 3 000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations <sup>(70)</sup>.

Pour justifier de leur situation, les opérateurs employant des travailleurs assujettis à la législation relative à la sécurité sociale applicable en Belgique doivent joindre à leur demande de participation ou à leur offre une attestation de l'ONSS <sup>(71)</sup>.

Cette formulation appelle, notamment, deux remarques. La première consiste dans le fait que l'arrêté royal du 7 février 2014 <sup>(72)</sup> a, sous certaines conditions, rendu obligatoire le recours à la *déclaration implicite sur l'honneur* <sup>(73)</sup>. Celle-ci implique, en cas de procédure ouverte, de procédure négociée directe avec publicité et de procédure négociée sans publicité lorsque cette dernière procédure se déroule en une phase, que le soumissionnaire, par le simple fait d'introduire son offre, déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion.

Sous réserve de la vérification des dettes fiscales devant intervenir dans les 48 heures de la séance d'ouverture des offres ou des demandes de participation si celle-ci a lieu, ou du dernier moment pour l'introduction de tels documents, la vérification de cette déclaration n'intervient ensuite que pour le seul soumissionnaire pressenti adjudicataire <sup>(74)</sup>. L'intérêt de cette mesure de simplification administrative est évident. Elle évite que chaque soumissionnaire dépose tous les documents relatifs au droit d'accès, avec pour conséquence immédiate une diminution drastique des charges administratives imposées aux compétiteurs. En outre, les risques d'écartement pour omission de l'un ou l'autre document sont limités, tout en réduisant la charge d'analyse du pouvoir adjudicateur.

Le bénéfice de cette mesure est cependant atténué par le fait que le recours obligatoire à la déclaration sur l'honneur ne vaut que dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a accès gratuitement et électroniquement <sup>(75)</sup>, via l'application Télémarc <sup>(76)</sup>, aux

(70) Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise qu'il ne suffit pas que l'intéressé produise une facture. Il faut que celui-ci puisse se prévaloir d'un document en ce sens émanant d'un pouvoir adjudicateur. Quant au caractère certain de la créance, voy. Y. CABUY, *op. cit.*, p. 198.

(71) Dans un souci de simplification administrative, la production des attestations visées par l'article 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et par l'article 67 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 n'est pas requise pour les petits marchés dont le montant estimé n'excède pas 30 000 euros. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit effectuer lui-même la vérification auprès de l'ONSS ou via des moyens électroniques s'il y a accès gratuitement conformément, à l'article 60, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et à l'article 65, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Au rang des mesures de simplification administrative, épinglons également que, comme par le passé, la production des attestations dont question n'est pas requise si elles ont déjà été annexées à une demande de participation antérieure (art. 62, § 6, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 67, § 6, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012). Cette possibilité n'est cependant envisageable que pour autant que les attestations concernent un même trimestre.

(72) Arrêté royal du 7 février 2014, dénommé arrêté de « réparation », M.B., 21 février 2014.

(73) Art. 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 66, § 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(74) Soit le soumissionnaire produit lui-même les documents exigés, soit le pouvoir adjudicateur les consulte lui-même s'il a accès à Télémarc.

(75) Art. 61, § 4, al. 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 renvoyant aux moyens électroniques visés à l'art. 60, § 1<sup>er</sup> ; art. 66, § 4, al. 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(76) Guichet électronique dédié aux marchés publics permettant au pouvoir adjudicateur d'interroger directement six bases de données : la centrale des bilans de la Banque nationale, le fichier des assujettis à la TVA, le fichier des cotisations sociales, la Banque-carrefour des entreprises pour la situation de faillite, les certificats d'agrément auprès du SPF économie et la balance des dettes fiscales auprès du SPF Finances.

documents relatifs aux causes d'exclusion. En principe, il suffit au pouvoir adjudicateur d'introduire une demande afin d'avoir accès à cette application<sup>(77)</sup>. Or, la pratique permet de constater que cette démarche ou la mise en œuvre concrète du recours à cette base de données ne sont pas encore généralisées<sup>(78)</sup>.

La seconde remarque revient à savoir si, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur ne recourt pas à la déclaration sur l'honneur implicite, l'attestation de l'ONSS revêt un caractère essentiel tel que son omission doit entraîner l'exclusion automatique de la candidature ou de l'offre remise. Nous pensons que sauf l'hypothèse où le dépôt de cette attestation est prévu sous peine d'exclusion ou de nullité, l'absence d'un tel document ne constitue pas une irrégularité substantielle. Le pouvoir adjudicateur *peut* alors dans cette situation inviter l'opérateur à produire l'attestation manquante, voire interroger directement l'ONSS<sup>(79)</sup>.

#### **14. Obligation de paiement des cotisations de sécurité sociale par les opérateurs employant du personnel assujéti à la sécurité sociale d'un autre État membre**

– Pour ces opérateurs, le respect de cette obligation s'apprécie selon les dispositions légales de leur pays d'établissement. Dans cette hypothèse, le candidat/soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre une attestation de l'autorité compétente certifiant qu'il est en règle, à la date limite de réception des demandes de participation ou des offres<sup>(80)</sup>, quant au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi<sup>(81)</sup>. À cet égard, la Commission européenne a créé un site dénommé e-CERTIS<sup>(82)</sup>, permettant d'obtenir, notamment, des renseignements quant aux autorités étrangères compétentes pour délivrer certaines informations en matière de marchés publics et notamment l'attestation de paiement de cotisations de sécurité sociale<sup>(83)</sup>.

Lorsque le candidat/soumissionnaire emploie tant du personnel assujéti au régime belge que du personnel dépendant du régime d'un autre État membre, le pouvoir adjudicateur doit vérifier les deux situations cumulativement<sup>(84)</sup>.

#### **15. Obligation de paiement des cotisations de sécurité sociale par les opérateurs assujéti au régime de la sécurité sociale des travailleurs indépendants**

– La réglementation prévoit que le pouvoir adjudicateur *peut* vérifier la situation des travailleurs indépendants en matière de paiement de cotisations sociales<sup>(85)</sup> ; il n'y est donc pas tenu. Pour les indépendants assujéti au régime belge, cette vérification s'opère par la production, par les candidats/soumissionnaires, de l'attestation fiscale communiquée annuellement par l'INASTI.

(77) Voy. le site de l'Agence pour la simplification administrative : <http://www.simplification.be/fr/content/telemarc>.

(78) M. VASTMANS et S. WAUTHIER, *op. cit.*, titre V/15 et s.

(79) Art. 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 64 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(80) La constatation de la situation a toutefois lieu au plus tard à la date limite de réception des demandes de participation ou des offres et non plus à la veille de cette date.

(81) Art. 62, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 67, § 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(82) <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=fr>.

(83) A. DELVAUX et al., *op. cit.*, t. 1A, p. 1188.

(84) Art. 62, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 67, § 3, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(85) Art. 62, § 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 67, § 5, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

Dans cette hypothèse, un employeur ayant le statut de travailleur indépendant et occupant des travailleurs salariés produira une attestation relevant de la sécurité sociale des travailleurs indépendants pour lui-même, mais aussi une autre attestation relevant de la sécurité sociale des travailleurs salariés, pour ces derniers <sup>(86)</sup>.

## § 2. Sélection qualitative

**16. Définition** – La sélection qualitative vise à évaluer la *capacité économique, financière et technique* d'un opérateur par le biais de critères de sélection <sup>(87)</sup> <sup>(88)</sup>. Alors même qu'au stade du droit d'accès, le profil des compétiteurs est analysé indépendamment du marché, il s'agit ici d'évaluer leur aptitude spécifique à exécuter le marché envisagé.

Pour ce faire, l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 fixe, dans les secteurs classiques, les références permettant de procéder à la vérification de la satisfaction des critères économiques et financiers applicables pour les trois types de marchés <sup>(89)</sup>. En revanche, les modes de preuves admissibles devant permettre aux soumissionnaires de justifier qu'ils satisfont aux critères de capacité technique sont spécifiques à chaque type de marché, bien qu'ils soient similaires <sup>(90)</sup>. Dans les secteurs spéciaux, la réglementation ne contient pas de liste de références ou d'éléments pouvant être exigés de la part des candidats ou soumissionnaires.

Dans le cadre de la présente étude, nous avons examiné la possibilité dont dispose un pouvoir adjudicateur de se départir de considérations purement techniques et économiques pour prendre en compte des aspects *sociaux* afin de procéder à la vérification de l'aptitude des candidats/soumissionnaires à réaliser le marché. Notre attention s'est donc portée sur la question de savoir si un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères sociaux, tels que par exemple le respect d'une politique sociale, afin d'analyser la capacité des compétiteurs en lice à exécuter le marché.

**17. Prise en compte de considérations d'ordre social dans le cadre des critères de sélection** <sup>(91)</sup> – Un premier élément de réponse réside dans l'article 73 de l'arrêté

(86) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

(87) Cette étape se distingue de l'*attribution* portant quant à elle sur l'analyse de l'offre en tant que telle.

(88) Le pouvoir adjudicateur n'est pas toujours contraint de procéder à une telle vérification. Pour les marchés de travaux, par exemple, en procédure ouverte ou procédure négociée directe avec publicité, il peut se contenter de l'agrément des candidats/soumissionnaires, telle que le permettent l'art. 70, al. 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et l'art. 73, al. 3, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. En procédure négociée sans publicité, la vérification de la capacité économique, technique et financière des entreprises n'est, par ailleurs, pas obligatoire, sans préjudice toutefois du respect du régime d'agrément pour les marchés de travaux.

(89) Le pouvoir adjudicateur peut ainsi, en règle, demander, selon son propre choix, aux compétiteurs de produire une déclaration bancaire, des comptes annuels ou encore le chiffre d'affaires global et/ou spécifique relatif au domaine d'activité concerné.

(90) Art. 69, 71 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

(91) Outre les références citées ci-dessous, voy. également, entre autres, P. LEFÈVRE, « Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 245 et s. ; J. NOËL, « Étude relative à la possibilité d'introduire, par la voie légale, réglementaire ou administrative, une clause sociale dans les marchés publics des différents pouvoirs adjudicateurs en Belgique »,

royal du 15 juillet 2011, lequel précise que lorsque le seuil de publicité européenne n'est pas atteint, le pouvoir adjudicateur peut exiger des références autres que celles reprises aux articles 68 à 72 de l'arrêté. Cette possibilité est entièrement nouvelle et laisse à penser qu'un pouvoir adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre plus large pour ces marchés pour la prise en compte de considérations d'ordre social au stade de la sélection qualitative. Le rapport au Roi précise cependant que les critères de sélection comme ces références devront toujours être appropriés au regard du marché considéré<sup>(92)</sup>. La même conclusion peut être retenue dans les secteurs spécifiques, mais pour tous les marchés, compte tenu de l'absence de liste de références préalable imposée par la réglementation.

Lorsque le montant estimé du marché atteint les seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit cependant se limiter aux modes de preuve énumérés de manière exhaustive dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011<sup>(93)</sup>. Or, aucune de ces références ne prend expressément en compte les considérations sociales.

Bien que la question ait été discutée, il est admis aujourd'hui<sup>(94)</sup> que le pouvoir adjudicateur peut apprécier « socialement » la capacité technique ou professionnelle des opérateurs économiques concourant à l'attribution d'un marché. Ce faisant, il doit toujours veiller à ce que le jeu de la concurrence soit respecté en évitant de limiter l'accès à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires<sup>(95)</sup>. Au stade de la sélection qualitative, outre le fait d'être énoncées de manière claire, précise et univoque<sup>(96)</sup>, les exigences d'ordre social doivent dès lors être non discriminatoires, proportionnées et en lien direct avec l'objet ou l'exécution du marché<sup>(97)</sup>, comme l'a précisé la Cour de justice.

---

*A.P.T.*, 2000, pp. 4 et s. ; J. NOËL, « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, 2001, pp. 873-877 ; J. NOËL, « À propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux. Un arrêt étonnant de la Cour de justice des Communautés européennes », *J.T.*, 2001, p. 562 ; P. THIEL et P. SLEGGERS, « Les clauses sociales dans les marchés publics », *Ent. dr.*, 2005, pp. 207-227 ; F. PIRARD et M.-P. DELISSE, *Clauses et priorités sociales dans les marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2006 ; F. ROBERT et J.-L. BODSON (dir.), « Marchés publics et économie sociale », in *Les Dossiers d'ASBL Actualités*, Liège, Edipro, 2006, dossier n° 2 ; N. FRANÇOIS, *op. cit.*, pp. 621-664 ; L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, *op. cit.*, pp. 493-505 ; C. GELDHOF, « Integratie van milieu-, sociale en ethische criteria in de overheidsopdrachtenregelgeving », in *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2010, pp. 503-542 ; M. VERDUSSEN et C. ROMAINVILLE, « Les clauses éthiques dans les marchés publics », *D.A. O.R.*, 2010, pp. 40-55 ; T. BRUYNINCKX, « Ethische overwegingen bij de gunning van overheidsopdrachten », *NjW*, 2013, pp. 334 et s.

(92) Voy. également C.J.C.E, 20 septembre 1988, C-31/87, *Beentjes*, pt 28.

(93) Articles 68 et 69 (marchés de travaux), 71 (marchés de fournitures) et 72 (marchés de services) de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

(94) Circulaire du gouvernement fédéral du 16 mai 2014 relative à l'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 ; art. 7, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de l'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics ; circulaire de la Région wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons.

(95) A. VANDEBURIE, *op. cit.*, p. 168, n° 20 et jurisprudence citée : C.E., 24 janvier 2011, n° 210.655, *S.A. Construct time* ; C.E., 21 novembre 2011, n° 216.379, *MKS & Partners* ; C.E., 12 juillet 2012, n° 220.315, *S.P.R.L. International Company for Acoustics*.

(96) C.J.U.E., 10 mai 2012, C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*, pt 109.

(97) Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offre publics avec clause de responsabilité sociale*, 2011, p. 32, <http://ec.europa.eu> ; C. DUBOIS et J. DUVAL, « Marchés publics et

**18. Jurisprudence Max Havelaar** – À l'origine de cette décision <sup>(98)</sup>, la Commission dénonçait précisément l'absence d'un tel lien à l'appui d'une procédure en manquement à l'encontre des Pays-Bas. La décision intervenue au terme de cette procédure fut l'occasion d'aborder, notamment, la question de l'utilisation d'exigences d'ordre social pour procéder, au stade de la sélection qualitative, à la vérification de la capacité technique des opérateurs économiques.

En août 2008, la province de Hollande-Septentrionale publiait un avis de marché pour la fourniture et la gestion de distributeurs de café. Le cahier des charges imposait, afin d'évaluer la capacité technique des soumissionnaires, que ceux-ci respectent des « critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises », notamment en contribuant à rendre le marché du café plus durable et la production du café écologiquement, socialement et économiquement responsable. Les documents de marchés imposaient ainsi que les soumissionnaires respectent des critères de responsabilité sociale des entreprises (R.S.E.) <sup>(99)</sup>.

La Cour, constatant que cette exigence ne correspondait ni à l'article 44 <sup>(100)</sup> ni à l'article 48 <sup>(101)</sup> de la directive 2004/18/C, estima que la province de Hollande-Septentrionale avait établi un niveau minimal de capacité technique non autorisé et conclut à l'irrégularité des documents de marché.

Cette décision n'est, en réalité, guère surprenante. En 2011, la Commission européenne indiquait déjà que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de n'intégrer dans les documents de marché que des considérations sociales « liées à l'objet du marché » <sup>(102)</sup>. Pour que ce lien soit établi, il convient que « l'exécution du marché exige un savoir-faire spécifique dans le domaine social » <sup>(103)</sup>.

À titre d'exemple, dans le cadre d'un marché de travaux pour lequel une obligation de formation d'un nombre déterminé de personnes sans emploi est imposée, il pourrait être prévu que les soumissionnaires doivent justifier de la réalisation de références

---

“Max Havelaar” : une simple et équitable histoire de labels... Commentaire sur la prise en compte de considérations environnementales et sociales en matière de marchés publics », *Marchés & contrats publics*, 2013, pp. 146 et 147 et réf. citée note 24 ; Commission européenne, Communication interprétative de la Commission du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, Bruxelles 15 octobre 2001, COM (2001) 566 final, pp. 11 et 12.

(98) C.J.U.E., 10 mai 2012, C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voy., not., A. JAUME, « Arrêt Max Havelaar : la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics », *J.D.E.*, 2012, pp. 247-249 ; C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, pp. 143 et s. ; J. DE MULDER, « Duurzame of groene overheidsopdrachten: het Hof van Justitie tikt Nederland op de vingers maar geeft ook positieve signalen », *Tijdschrift voor milieurecht*, 2012, pp. 402 et s.

(99) La responsabilité sociale s'entend comme un « concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes » (Communication de la Commission européenne, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, 25 octobre 2011, p. 4).

(100) Cette disposition énumère limitativement les modes de preuve pouvant être utilisés par un pouvoir adjudicateur pour vérifier la capacité technique et professionnelle d'un opérateur.

(101) Permettant, pour les marchés de travaux et services, l'indication de mesures de gestion environnementale à mettre en œuvre lors de la réalisation du marché.

(102) Conformément à l'article 53 de la directive 2004/18/CE et à l'article 55 de la directive 2004/17/CE.

(103) Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offre publics avec clause de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 35.

se rapportant à des marchés incluant une telle obligation. Dans le cadre d'un marché portant sur la gestion d'une crèche, le pouvoir adjudicateur pourrait vérifier si l'entreprise dispose du personnel justifiant des qualifications pour gérer les aspects sociaux du marché. De même, dans le cadre d'un contrat de gestion d'une maison de retraite, le pouvoir adjudicateur peut exiger de l'entreprise qu'elle dispose de l'équipement technique nécessaire à la protection sociale de personnes âgées. Pour en attester, la production des titres d'études du personnel du contractant ou encore la description de l'équipement technique de l'opérateur peuvent être utilement demandées <sup>(104)</sup>.

Est par contre exclue toute exigence générale de gestion durable de l'entreprise, sans rapport spécifique avec l'objet précis du marché <sup>(105)</sup>.

Tout en exigeant des justifications suffisantes attestant que le cocontractant dispose de la capacité de mener à bien le contrat, le pouvoir adjudicateur devra en outre éviter de formuler des demandes excessivement contraignantes, réduisant anormalement la concurrence <sup>(106)</sup>.

### Section 3. Le choix de l'adjudicataire

**19. Rappel** – Un marché public ne peut être attribué qu'à l'opérateur économique qui dépose l'offre régulière la moins chère ou économiquement la plus avantageuse. Le travail de l'autorité à ce stade consiste, dans un premier temps, à vérifier la conformité des offres aux exigences imposées dans les documents du marché <sup>(107)</sup>. Ce n'est qu'après avoir procédé à ce contrôle de régularité que les offres conformes aux documents du marché sont comparées entre elles au regard du prix ou d'une pluralité de critères d'attribution, selon le mode de passation choisi.

L'examen de la régularité des offres n'est pas étranger à la prise en compte de considérations sociales. Il l'intègre, notamment, dans le cadre du contrôle des prix et, pour les marchés de travaux, de la vérification du respect des normes en matière de sécurité et de santé des travailleurs.

Dans le cadre de la comparaison des offres, des considérations sociales peuvent également être prises en compte au stade des critères d'attribution destinés à départager les soumissionnaires entre eux.

**20. La régularité « sociale » des offres** – L'examen de la régularité des offres doit s'effectuer au regard des dispositions légales et réglementaires applicables au marché en cause, ainsi qu'à l'aune des prescriptions des documents du marché. Dans l'un et l'autre cas, la prise en compte de considérations sociales peut avoir été expressément imposée.

---

(104) *Ibid.*, p. 36.

(105) C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 147 et réf. citée, note 28.

(106) Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offre publics avec clause de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 35.

(107) Voy., à ce propos, les contributions regroupées dans le numéro spécial de la revue *Marchés et contrats publics*, 2012/3.



Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut avoir volontairement requis de l'adjudicataire qu'il reprenne le personnel actuellement employé au sein de l'administration comme condition d'exécution du marché, par exemple lorsqu'un service de l'administration est externalisé. Une offre qui ne se conformerait pas à cette disposition devrait être écartée, étant entachée d'une irrégularité substantielle. Une telle obligation de reprise du personnel de l'entreprise qui exécutait jusque-là un marché remis en concurrence peut également, selon les circonstances<sup>(108)</sup>, être requise par la réglementation<sup>(109)</sup> dans le chef du nouvel adjudicataire du marché.

Parmi les multiples causes d'irrégularité d'une offre, deux d'entre elles attirent plus particulièrement l'attention au regard du sujet traité : l'anormalité des prix et la violation des normes en matière de sécurité et de santé des travailleurs.

**21. Le contrôle de normalité des prix**<sup>(110)</sup> – Le contrôle de la normalité des prix unitaires et globaux est une composante du contrôle de régularité des offres qui doit, toujours, être opéré en appel d'offres et en adjudication par le pouvoir adjudicateur<sup>(111)</sup><sup>(112)</sup>. L'objectif poursuivi est double. Le législateur entend, d'une part, éviter que les soumissionnaires puissent fausser le jeu normal de la concurrence<sup>(113)</sup>. D'autre part, la *ratio legis* du contrôle des prix anormalement bas vise également à pourvoir à la bonne exécution des marchés publics<sup>(114)</sup>. Indirectement, le contrôle de la normalité des prix peut ce faisant amener le pouvoir adjudicateur à vérifier le respect de normes protectrices des conditions des travailleurs. Un prix anormalement bas peut en effet s'expliquer, par exemple, par l'emploi de travailleurs à des conditions non ou peu respectueuses des normes relatives à la protection des travailleurs ainsi qu'à leurs conditions de travail, en ce compris leur rémunération.

(108) Jugé à cet égard que la seule circonstance que le service effectué par l'ancien et le nouvel attributaire d'un marché est similaire ne permet pas de conclure au transfert d'une activité économique, condition requise pour que la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements s'applique (C.J.U.E., 11 mars 1997, C-13/95, *Süzen*, pt 15).

(109) Si se trouvent établies les conditions établies par la convention collective n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite ou la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

(110) Voy. not. N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 790-808 ; Y. CABUY (dir.), op. cit., pp. 541-548 ; B. LOMBAERT et M. THOMAS, « La régularité des offres et la vérification des prix : une réforme en trompe l'œil », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, op. cit., pp. 183-238.

(111) C.E., n° 224.168 du 27 juin 2013, *Ville de Nivelles*.

(112) Aux termes de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et de l'article 21 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, seule une vérification des prix s'impose, en principe, en procédure négociée.

(113) A. VANDEBURIE, op. cit., p. 182.

(114) C.E., n° 220.343 du 19 juillet 2012, *Sixco*.

**22. Le respect du plan de sécurité et de santé** – En vue de garantir la sécurité des travailleurs lors de l'exécution de travaux pour lesquels un maître d'ouvrage, même privé, prévoit d'ouvrir un chantier sur lequel interviendront au moins deux entrepreneurs, la réglementation lui impose, en principe, de désigner, au stade de l'élaboration du projet, un coordinateur-projet. La tâche de ce coordinateur est, notamment <sup>(115)</sup>, d'établir un plan de sécurité et de santé.

Le maître d'ouvrage a l'obligation d'intégrer ce plan de sécurité et de santé dans le cahier spécial des charges régissant les travaux. Étant intégré dans ce cahier spécial des charges, le plan de sécurité et de santé devient donc un document contractuel que doit respecter l'entrepreneur et que celui-ci doit faire respecter par ses sous-traitants.

Afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées lors de l'exécution des travaux, le maître d'ouvrage doit également faire en sorte que :

- les candidats annexent à leurs offres un document qui renvoie au plan de sécurité et de santé et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce plan de sécurité et de santé ;
- les candidats annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle.

Le dépôt de ces documents, lorsqu'ils sont requis, est particulièrement important. Leur absence doit conduire le pouvoir adjudicateur à rejeter l'offre lacunaire en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée de ce fait <sup>(116)</sup>.

Modifié <sup>(117)</sup> sur ce point par l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'arrêté royal du 25 janvier 2001 prévoit cependant dorénavant que le pouvoir adjudicateur n'est tenu d'exiger

(115) Pour les petits chantiers qui ne sont pas des chantiers importants ou à risques particuliers au sens de l'article 26, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, le pouvoir adjudicateur a le choix entre l'établissement et la tenue d'un plan de sécurité et de santé et la conclusion d'une convention écrite entre tous les intervenants, convention dont le contenu est visé à l'article 29 de l'arrêté.

(116) Circulaire du Premier ministre du 18 décembre 2007 relative aux « Marchés publics – chantiers temporaires ou mobiles – Plan de sécurité et de santé – Directives pratiques portant sur les documents à joindre à l'offre en application de l'art. 30, al. 2, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles ». Dans ce sens également, C.E., n° 220.166 du 3 juillet 2012, S.A. *Axima Contracting*.

(117) Le rapport au Roi justifie comme suit cette exception : « Dans la pratique, il se peut que le cahier spécial des charges ou le plan de sécurité et de santé décrivent de manière suffisamment précise la façon dont doit être réalisé l'ouvrage, de sorte qu'obliger les soumissionnaires à joindre à leur offre le document visé à l'article 30, 1<sup>o</sup>, est inutile. Il se peut aussi qu'il n'y ait qu'une seule manière d'exécuter l'ouvrage, de sorte que la demande du document est en fait inutile. Il se peut aussi qu'au stade de la passation du marché, la localisation, l'ampleur et la nature exactes des travaux ne soient pas connues – comme, par exemple, en cas de marché d'entretien, lorsque les interventions à réaliser font l'objet de commandes fractionnées distinctes mentionnant le lieu et la nature précise des travaux à exécuter –, de sorte que demander aux soumissionnaires, au stade de la passation du marché, de décrire la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé a peu de sens.

des soumissionnaires qu'ils annexent à leur offre le document et le calcul de prix séparé susvisés que si le coordinateur-projet justifie que la demande de ce document ou de ce calcul est nécessaire afin que les mesures déterminées dans le plan de sécurité et de santé puissent effectivement être appliquées et pour autant qu'il précise les éléments pour lesquels ce document ou ce calcul de prix est nécessaire. Il s'ensuit que lorsque le maître d'ouvrage est un pouvoir adjudicateur, il a le choix d'exiger ou non le dépôt des documents susvisés par les soumissionnaires lorsque le coordinateur sécurité ne les exige pas <sup>(118)</sup>.

**23. Les critères d'attribution sociaux** <sup>(119)</sup> – Tant la loi <sup>(120)</sup> du 15 juin 2006 que les directives <sup>(121)</sup> admettent que des considérations d'ordre social puissent tenir lieu de critères d'attribution. Si les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine marge d'appréciation dans le cadre de la formulation de tels critères, tout ne leur est pas permis. Les critères d'attribution doivent en effet présenter un lien avec l'objet du marché. Ils doivent permettre une comparaison objective des offres sur la base de l'évaluation de leurs mérites respectifs et être formulés d'une manière permettant à tout soumissionnaire d'en connaître la portée exacte.

Dans le cadre des limites qui viennent d'être – théoriquement – tracées, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social qui peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également

---

Or, en matière de marché public, lorsqu'il est demandé de joindre un document à une offre, se pose le problème délicat de l'appréciation de la régularité de l'offre qui ne satisfait pas à cette formalité. Les décisions en la matière donnent souvent lieu à des contestations. Il vaut donc mieux, dès lors, ne pas exiger des documents qui ne sont pas réellement nécessaires. Un autre problème est le contenu du document visé à l'article 30, 1<sup>o</sup>, que les soumissionnaires doivent joindre à leur offre. Dans la pratique, les documents que joignent les soumissionnaires à leur offre ne paraissent pas toujours aussi précis. Ce projet modifie dès lors l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 pour que la demande du document visé au 1<sup>o</sup> de cet article devienne une simple faculté. Ce document ne serait ainsi demandé aux soumissionnaires que si le coordinateur-projet estime avoir besoin d'informations précises sur la manière dont les soumissionnaires envisagent d'exécuter les travaux ou certaines parties de ceux-ci. Il appartiendrait par ailleurs au coordinateur-projet de préciser les éléments pour lesquels il souhaite obtenir ces informations, de manière à ce que les informations à fournir par les soumissionnaires soient utiles et d'un niveau de précision comparable. La même préoccupation vaut aussi pour le document visé à l'article 30, 2<sup>o</sup>, à savoir le calcul de prix séparé des mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé. La demande d'un tel calcul de prix peut s'avérer sans intérêt, notamment lorsque le PSS ne prévoit que des mesures ou moyens de prévention très généraux, ou lorsque le métré récapitulatif joint au cahier spécial des charges prévoit des postes spécifiques concernant ces mesures ou moyens, ou lorsqu'en cas de marché à commandes, le lieu et la nature précise des travaux à exécuter, et partant des mesures ou moyens de prévention à appliquer, ne sont pas connus lors de l'attribution mais ne le seront qu'à l'occasion de la notification de chaque commande. Les calculs de prix remis par les soumissionnaires dans la pratique, ne sont pas toujours aussi précis. Il faut donc également, pour le calcul de prix séparé visé à l'article 30, 2<sup>o</sup>, laisser au coordinateur-projet le soin d'apprécier s'il est utile de le demander aux soumissionnaires et, dans l'affirmative, de préciser les éléments pour lesquels il a besoin de ce calcul de prix. »

(118) C.E., n<sup>o</sup> 226.386, 11 février 2014, *N.V. Abog*.

(119) Voy. les références citées en notes infrapaginales n<sup>os</sup> 91 et 98.

(120) Art. 25 de la loi du 15 juin 2006.

(121) Considérant 47 de la directive 2004/18 ; art. 67 de la directive 2014/24.

d'autres personnes <sup>(122)</sup>. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que les critères d'attribution aient pour objet d'évaluer le degré de satisfaction des offres aux besoins spécifiques de certains groupes sociaux auquel le marché entend précisément répondre, comme par exemple un marché de pose de rampes pour les personnes à mobilité réduite ou atteintes d'un handicap.

De tels critères ne doivent pas davantage n'être qu'additionnels à d'autres critères d'attribution, en ce sens qu'ils ne pourraient servir qu'à départager des offres jugées équivalentes au regard des autres critères d'attribution.

Cela étant, un lien avec l'objet du marché sera plus facile à établir lorsque son objet est élargi à des prestations d'ordre social <sup>(123)</sup>. Le marché viserait alors, d'une part, des prestations (principales) de travaux/services/fournitures et, d'autre part, des prestations sociales, comme par exemple des prestations de formation dans une perspective d'insertion socioprofessionnelle ou de réinsertion socioprofessionnelle.

S'agissant d'évaluer les performances des soumissionnaires en matière de formation ou d'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi peu qualifiés ou de longue durée, des apprentis, des stagiaires ou des apprenants, les critères d'attribution suivants pourraient être utilisés :

- la qualité de l'accompagnement et de la recherche des personnes à former ou à réinsérer si ces prestations ne sont pas prises en charge par les pouvoirs publics ;
- la qualité de l'accompagnement et de l'évaluation des formations ou des méthodes de réinsertion si ces prestations ne sont pas prises en charge par les pouvoirs publics ;
- la qualité ou la pertinence de la prise en charge de la formation (évaluée sur la base des modalités d'accompagnement dans l'acquisition des savoir-être et savoir-faire, des modalités d'accompagnement de l'évaluation interne, du contenu des formations apportées par l'entreprise, des qualifications, de l'expérience et du nombre de formateurs, etc.) ;
- la qualité ou la pertinence de la démarche d'insertion, évaluée sur la base des modalités du dispositif d'accompagnement et de soutien socio-professionnel envisagé ;
- le volume de formation ou d'insertion. Dans ce cadre, il s'agit le plus souvent d'évaluer l'affectation d'un volume déterminé d'heures de travail ou un pourcentage d'heures de travail, générées par le marché, réservées à la formation ou à l'insertion. Si un minimum est imposé dans les conditions d'exécution, le pouvoir adjudicateur peut encore apprécier favorablement des prestations supplémentaires auxquelles s'engageraient les soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur laisse alors la possibilité aux entreprises de proposer un nombre d'heures supplémentaires ou un pourcentage supérieur à celui imposé ;

(122) C.J.U.E., 10 mai 2012, C-368/10, *Commission c. Pays-Bas*.

(123) Circulaire du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 octobre 2012 relative aux clauses sociales dans les marchés publics de la Région de Bruxelles-Capitale. Il est alors conseillé de prévoir une clause sociale d'insertion au niveau des conditions d'exécution (*infra*).

- le coût du dispositif d'insertion et/ou de formation. Plus il est élevé, plus le soumissionnaire obtient des points ;
- le niveau de qualification professionnelle susceptible d'être atteint par les personnes en insertion et les perspectives de pérennisation de leur emploi.

## Section 4. L'exécution du marché

### § 1<sup>er</sup>. Obligations de l'adjudicataire

**24. Respect du droit social par l'adjudicataire** – Dans un contexte de crise financière et de finances publiques cadencées, les pouvoirs publics font souvent le choix d'attribuer le marché en adjudication, c'est-à-dire à l'entreprise proposant l'offre régulière la moins chère. Ce choix de l'offre la plus basse risque parfois d'être mis en œuvre au détriment des travailleurs, de leur bien-être, des normes de sécurité ou encore du respect du salaire minimal. Certains opérateurs pourraient en effet être tentés de minimiser les coûts sociaux de manière à ne pas devoir les répercuter sur leur offre.

Afin d'éviter de telles dérives, les directives précisent notamment que « les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail, et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire »<sup>(124)</sup>.

En Belgique, l'article 78, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 impose<sup>(125)</sup>, pour les marchés de travaux, que tout le personnel présent sur chantier bénéficie des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles relatives aux conditions générales de travail, à la sécurité, à l'hygiène et au salaire minimum à payer<sup>(126)</sup>. Est concerné le personnel de l'entrepreneur, celui des sous-traitants à quelque stade que ce soit et celui de tout intervenant mettant du personnel à disposition<sup>(127)</sup>.

L'entrepreneur a en outre l'obligation de tenir en permanence une liste, mise à jour quotidiennement, du personnel occupé sur chantier<sup>(128)</sup>. Il est également tenu de veiller à ce que tout autre intervenant (sous-traitant ou personne mettant du personnel à disposition) tienne une telle liste à disposition du pouvoir adjudicateur<sup>(129)</sup>.

Ces obligations s'appliquent, quels que soient la nationalité et le lieu de résidence du personnel occupé, à tous les intervenants sur chantier, en ce compris ceux ayant leur

(124) Considérant 34 de la directive 2004/18/CE et considérant 45 de la directive 2004/17/CE. *Adde* : C.J.U.E., 3 avril 2008, C-346/06, *Rüffert*.

(125) Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, ci-après l'« arrêté royal du 14 janvier 2013 ».

(126) Art. 78, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. On vise ici les salaires, suppléments de salaires et indemnités aux taux fixés, soit par la loi, soit par conventions collectives conclues par des commissions paritaires ou par des conventions d'entreprises.

(127) Art. 78, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

(128) Art. 73, § 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il s'agit de réserver à l'administration un moyen de contrôler si les salaires fixés par conventions collectives ou d'entreprises sont respectés et payés régulièrement.

(129) Art. 78, § 4, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

siège social ou domicile dans un autre État <sup>(130)</sup>. Le promoteur est également visé par ces contraintes <sup>(131)</sup>.

L'article 78 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 prolonge ce faisant les dispositions salariales et sociales contenues à l'article 42 de la loi du 15 juin 2006 <sup>(132)</sup>, lequel dispose qu'en matière de marchés de travaux, l'entrepreneur est tenu <sup>(133)</sup> :

- de respecter toutes dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles relatives au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et aux conditions générales de travail, que celles-ci résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local ;
- de faire respecter ces mêmes dispositions par toute personne agissant en qualité de *sous-traitant à quelque stade que ce soit* et par toute personne mettant du personnel à disposition sur le chantier. Il est ainsi institué un système de responsabilité en cascade ;
- de respecter toutes les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles en matière fiscale et de sécurité sociale ;
- de faire respecter ces mêmes dispositions par ses propres sous-traitants.

En cas de carence de l'employeur, dans le cadre d'un marché de travaux, l'entrepreneur principal devra <sup>(134)</sup> :

- assurer à l'égard du personnel ayant travaillé ou travaillant sur le chantier pour compte d'un de ses sous-traitants le paiement des sommes dues pour les prestations effectuées par ce personnel sur le chantier, à titre de rémunération, de cotisations de sécurité sociale et de précompte professionnel. Il en est de même envers le personnel qui était ou est mis à sa disposition ou à la disposition d'un de ses propres sous-traitants ;
- assurer à l'égard du personnel ayant travaillé ou travaillant sur le chantier dont il a la responsabilité le paiement des sommes dues à titre de rémunération, par *tout sous-traitant* ou par *toute personne* ayant mis du personnel à disposition sur ce chantier, pour les prestations effectuées par celui-ci.

L'objectif de cette disposition est à l'évidence de dissuader l'entrepreneur général de faire appel à des pourvoyeurs de main-d'œuvre <sup>(135)</sup>. Compte tenu de ce système de responsabilité « en cascade », dont les conséquences peuvent être particulièrement lourdes pour l'entrepreneur principal, ce dernier sera bien avisé d'imposer contractuellement cette même obligation à son cocontractant et de prévoir des sanctions en cas de non-respect de ces dispositions <sup>(136)</sup>.

(130) Art. 78, § 6, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

(131) J. DEBIEVRE, « Commentaire de l'article 42 », in S. VAN GARSSE (ed.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics – Loi du 15 juin 2006, op. cit.*, titre II/270.

(132) Cette disposition s'applique également aux secteurs spéciaux (art. 55 de la loi du 15 juin 2006).

(133) Art. 42, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006.

(134) Art. 42, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006.

(135) M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 650.

(136) *Ibid.*

Alors que la loi du 15 juin 2006 prévoit un système de responsabilité solidaire en cascade pour les marchés de travaux, les fournisseurs et prestataires de services ne sont en revanche tenus de respecter et de faire respecter les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles visée à l'article 42, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006 que par *leurs propres sous-traitants* et par toute personne leur procurant du personnel. Comme on le verra, ce régime de la loi du 15 juin 2006 s'applique sans préjudice d'autres impositions légales plus sévères.

**25. Respect du droit social par les sous-traitants** – Pour tous les types de marchés, les sous-traitants et ceux qui mettent du personnel à disposition sont quant à eux personnellement tenus, dans les mêmes conditions que l'adjudicataire, de respecter les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles en matière de bien-être des travailleurs et de conditions générales de travail. Ils sont en outre contraints de respecter ces dispositions en matière fiscale et de sécurité sociale. Ils veilleront également à les faire respecter par *leurs propres sous-traitants* et par toute personne mettant du personnel à leur disposition<sup>(137)</sup>.

En matière de travaux, les sous-traitants doivent aussi assurer<sup>(138)</sup> le paiement des sommes dues à titre de rémunération, de sécurité sociale et de précompte professionnel pour les prestations du personnel ayant travaillé ou travaillant sur le chantier pour le compte d'un de *leurs propres sous-traitants*, de même que du personnel mis à leur disposition ou à la disposition d'un de leurs propres sous-traitants sur ce chantier<sup>(139)</sup>. La responsabilité du sous-traitant reste ainsi limitée à son cocontractant direct<sup>(140)</sup>.

Par conséquent, en cas de défaillance de son employeur, un travailleur pourra introduire une action directe contre un sous-traitant ou l'adjudicataire, dans les conditions prévues à l'article 42, § 4, de la loi du 15 juin 2006.

**26. Sanction de la violation des obligations sociales** – En premier lieu, un manquement de l'adjudicataire pourra être sanctionné conformément aux dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles applicables en matière de bien-être des travailleurs, de conditions générales de travail et de sécurité sociale<sup>(141)</sup>.

Pour les marchés de travaux, une sanction spécifique est par ailleurs prévue à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, de la loi du 20 mars 1991 relative à l'agrégation des entrepreneurs. Cette disposition permet d'ordonner le cas échéant le déclassement, la suspension ou encore le retrait de l'agrégation et même l'exclusion des marchés d'un entrepreneur ayant enfreint ses obligations sociales<sup>(142)</sup>.

En outre, la violation<sup>(143)</sup> des obligations visées à l'article 42, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 15 juin 2006 pourrait, le cas échéant et après une analyse détaillée de la situation,

(137) Art. 42, § 3, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 15 juin 2006.

(138) Dans les conditions définies à l'art. 42, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

(139) Art. 42, § 3, al. 2, de la loi du 15 juin 2006.

(140) M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 659, n<sup>o</sup> 16.

(141) J. DEBIEVRE, *op. cit.*, titre II/273.

(142) Y. CABUY, *op. cit.*, p. 234, n<sup>o</sup> 343 et p. 871, n<sup>o</sup> 1313 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 652, n<sup>o</sup> 6.

(143) Laquelle peut être constatée par tout moyen dont le pouvoir adjudicateur pourra justifier conformément à l'art. 42, § 5, de la loi du 15 juin 2006.

donner lieu à l'application de mesures d'office<sup>(144)</sup> prévues en cas de manquement aux clauses du marché, conformément à l'article 44 de l'arrêté royal 14 janvier 2013<sup>(145)</sup>.

Le caractère extrême de ces mesures, pouvant aller jusqu'à la résiliation du marché, mérite quelques précisions. Avant toute chose, il convient d'insister sur le fait que l'application d'une telle mesure suppose nécessairement *une faute* dans le chef de l'adjudicataire, laquelle doit revêtir un caractère *suffisamment grave*<sup>(146)</sup>. Le rapport au Roi précise à cet égard que la portée de la mesure d'office est à présent davantage ciblée par rapport à l'ancien article 20, § 6, du Cahier général des charges qui prévoyait l'application de telles mesures « en cas de défaut d'exécution du marché ». La nouvelle définition correspond davantage à l'esprit de ce type de mesure en limitant l'application aux cas de manquements *graves* dans l'exécution.

Rappelons également que l'adjudicataire dispose, après réception du procès-verbal de constat communiqué par recommandé, d'un délai de 15 jours suivant le jour déterminé par la date d'envoi du procès-verbal, pour faire valoir ses moyens de défense par recommandé<sup>(147)</sup>.

Dans le cadre de la présente étude, il convient d'épingler que lorsque des pratiques frauduleuses sont constatées en matière de pourvoyeurs de main-d'œuvre, l'administration peut accorder un délai à l'entrepreneur pour faire disparaître le manquement constaté et pour signaler la régularisation de la situation<sup>(148)</sup>.

À cet égard, compte tenu du régime particulièrement strict de responsabilité en cascade instauré pour les marchés de travaux, il apparaît d'autant plus indiqué que le pouvoir adjudicateur, avant d'appliquer une mesure d'office, laisse à l'adjudicataire l'opportunité de régulariser la situation, d'autant plus lorsque celui-ci doit assumer non pas ses propres manquements, mais ceux d'un sous-traitant direct, voire même d'un sous-traitant de la chaîne des intervenants avec lequel il n'a aucun lien contractuel.

Le sous-traitant ne risque quant à lui pas de se voir appliquer des mesures d'office par le pouvoir adjudicateur avec lequel il n'entretient aucun lien contractuel. Des sanctions sont cependant possibles en matière d'agrégation<sup>(149)</sup>. L'adjudicataire pourra quant à lui éventuellement rompre toute relation contractuelle avec le sous-traitant défaillant.

**27. Clauses sociales relatives à l'exécution du marché** – L'article 40 de la loi du 15 juin 2006, disposition applicable aux secteurs classiques et aux secteurs spéciaux, prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et pour autant qu'elles ne soient pas direc-

(144) Art. 2, 14<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Il s'agit des sanctions applicables à l'adjudicataire en cas de manquement grave dans l'exécution du marché. Parmi les mesures possibles, il y a lieu de citer la résiliation du marché, l'exécution en régie, la conclusion d'un marché pour compte, ou encore l'exclusion de la participation à d'autres marchés.

(145) Art. 42, § 5, de la loi du 15 juin 2006. Il s'agit des anciens articles 20 et 48 du Cahier général des charges.

(146) Y. CABUY, *op. cit.*, p. 865, n<sup>o</sup> 1302 ; V. DE FRANCOUEN, « Commentaire de l'article 47 », in S. VAN GARSSE (ed.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics – Arrêté royal du 14 janvier 2013, op. cit.*, titre II/76 et s.

(147) Art. 44, § 2, al. 2 et 47, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

(148) M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 450, n<sup>o</sup> 10. L'art. 44, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précise que l'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements.

(149) *Ibid.*, p. 660, n<sup>o</sup> 17.



tement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient mentionnées dans les documents du marché, imposer des conditions d'exécution permettant de tenir compte d'objectifs tels que :

- la mise en œuvre d'actions de formation professionnelle pour les chômeurs ou les jeunes <sup>(150)</sup> ;
- la promotion de la politique de l'égalité des chances par rapport à l'emploi des personnes qui ne sont pas suffisamment intégrées dans le circuit professionnel ;
- la lutte contre le chômage ;
- l'obligation de respecter, en substance, les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit national du pays de production.

En pratique, de telles clauses prennent le plus souvent la forme de clause d'insertion/ de mise à l'emploi ou de formation <sup>(151)</sup>.

Ces clauses ne peuvent être imposées que pour et dans le cadre de l'exécution du marché lui-même. Une clause d'insertion ne peut ainsi viser la mise à l'emploi de demandeurs d'emploi de longue durée ou peu qualifiés qu'au cours de la période d'exécution du marché.

De telles clauses devraient par ailleurs respecter un principe de proportionnalité élémentaire en ce sens que le nombre de personnes à engager ou à former doit être limité à une quotité raisonnable et acceptable des effectifs du personnel occupé normalement par l'entreprise adjudicataire pour le marché.

Pour assurer l'effectivité de telles clauses, il paraît en outre nécessaire que leur correcte mise en œuvre soit accompagnée et ultérieurement vérifiée, voire sanctionnée en cas de manquement.

La mise sur pied d'un réseau de « facilitateurs de clauses sociales » <sup>(152)</sup>, ayant notamment pour mission d'informer, de conseiller, d'aider à l'insertion et à la bonne exécution de ces clauses sociales, devrait permettre la réalisation de ces exigences.

(150) Pour ces clauses portant un objectif de formation, il paraît peu opportun de les insérer dans des marchés dont le délai d'exécution est très court ou dans des marchés nécessitant d'emblée un très haut degré de qualification.

(151) Circulaire du gouvernement fédéral du 16 mai 2014 relative à l'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.*, 21 mai 2014 ; art. 7, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de l'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics, *M.B.*, 6 juin 2014 ; circulaire de la Région wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons, *M.B.*, 17 décembre 2013 prévoyant pour les marchés de travaux de construction ou de rénovation de bâtiments dépassant le seuil de 1,5 million d'euros, que le cahier spécial des charges intègre systématiquement les clauses sociales jugées les plus pertinentes par les pouvoirs adjudicateurs, étant donné leur potentialité à rapprocher de l'emploi des personnes qui en sont éloignées (pt 3.1.2).

(152) Voy. not. circulaire du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs wallons, *M.B.*, 17 décembre 2013.

§ 2. Obligations du pouvoir adjudicateur<sup>(153)</sup>

**28. Obligations du pouvoir adjudicateur** – Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public. Elles s'imposent donc également au pouvoir adjudicateur qui ne peut s'en détourner ni forcer l'adjudicataire à s'en écarter.

Le pouvoir adjudicateur peut même encore être tenu de certaines obligations à l'égard des travailleurs de son ancien cocontractant une fois le marché exécuté. Il peut en être ainsi en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise. Le pouvoir adjudicateur pourrait en effet, selon les circonstances, devoir assurer le maintien des droits des travailleurs en leur permettant de rester à son service dans les mêmes conditions que celles convenues avec l'entreprise cédante, lorsqu'il décide unilatéralement de mettre fin au contrat qui le liait à une entreprise privée et d'exercer lui-même les activités qu'il confiait à celle-ci<sup>(154)</sup>.

**29. Retenues pour salaires, charges sociales et impôts dus** – Pour les marchés de travaux, lorsque sont restés impayés des salaires ou des cotisations de sécurité sociale, ainsi que des impôts y afférents<sup>(155)</sup>, le pouvoir adjudicateur doit retenir d'office sur les sommes dues à l'entrepreneur le montant brut des salaires et cotisations impayés. Le pouvoir adjudicateur effectue le paiement des salaires arriérés et transfère à qui

(153) Sur la question des différents types de responsabilités solidaires pouvant éventuellement être mises à charge du pouvoir adjudicateur, voy. la circulaire fédérale du 22 juillet 2014 relative à la responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant – Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal – Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude, *M.B.*, 4 août 2014.

(154) C.J.U.E., 20 janvier 2011, C-463/09, *CLECE*. En l'espèce, la Cour a toutefois décidé que la simple reprise par la commune en cause des activités de nettoyage confiées précédemment à une entreprise privée ne saurait, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive 2001/23. Dans cette affaire, la commune – l'Ayuntamiento de Cobisa – avait, aux fins d'exercer elle-même les activités de nettoyage de ses écoles et locaux, auparavant confiées à *CLECE*, embauché un nouveau personnel, sans reprendre les travailleurs précédemment affectés à ces activités par *CLECE*, non plus d'ailleurs qu'aucun des éléments d'actifs matériels ou immatériels de cette entreprise. La Cour constate que dans ces conditions, le seul élément établissant un lien entre les activités exercées par *CLECE* et celles reprises par l'Ayuntamiento de Cobisa est constitué par l'objet de l'activité concernée, à savoir le nettoyage de locaux. Or, pour la Cour, la seule circonstance que l'activité exercée par *CLECE* et celle exercée par l'Ayuntamiento de Cobisa soient similaires, voire identiques ne permet pas de conclure au maintien de l'identité d'une entité économique. En effet, une entité ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée. Son identité ressort d'une pluralité indissociable d'éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition. En particulier, l'identité d'une entité économique, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui repose essentiellement sur la main-d'œuvre, ne peut être maintenue si l'essentiel de ses effectifs n'est pas repris par le présumé cessionnaire. Voy. également C.J.U.E., 29 juillet 2010, C-151/09, *UGT-FSP*; C.J.U.E., 26 septembre 2000, C-175/99, *Mayeur*.

(155) Dus pour le personnel travaillant ou ayant travaillé sur le chantier et qui est ou a été lié à l'entrepreneur ou à un de ses sous-traitants par un contrat de louage de services ou encore qui est ou a été mis à la disposition de l'entrepreneur ou d'un de ses sous-traitants.

de droit les cotisations de sécurité sociale ainsi que les retenues pour impôts sur les revenus afférents à ces salaires arriérés <sup>(156)</sup>.

Cette obligation s'inscrit, tout comme les articles 42 de la loi du 15 juin 2006 et 78 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, dans le cadre de la lutte contre les pourvoyeurs de main-d'œuvre éludant les charges sociales ou le paiement des salaires de conventions collectives <sup>(157)</sup>.

Afin qu'elle soit mise en œuvre, il faut, outre le fait que le pouvoir adjudicateur soit redevable de montants envers l'adjudicataire en vertu du marché, que :

- les rémunérations impayées soient dues aux ouvriers et sous-traitants de l'adjudicataire ;
- ces rémunérations soient dues pour le travail effectué par ceux-ci sur chantier (et non en atelier) ;
- les retenues ne couvrent que les arriérés de rémunération pour la période durant laquelle le personnel bénéficiaire est intervenu sur chantier.

Force est dès lors de constater que compte tenu de la mobilité de la main-d'œuvre engagée par l'adjudicataire et ses sous-traitants pour des chantiers successifs, voire simultanés, les possibilités d'application de cette disposition sont limitées. Par conséquent, il s'agit davantage d'inciter les entrepreneurs à respecter leurs obligations sociales et salariales et à conclure avec des sous-traitants solvables et respectueux de leurs obligations <sup>(158)</sup>.

**30. Responsabilité solidaire pour dettes sociales et obligation de retenue sur facture** <sup>(159)</sup> – Sans que ce régime soit spécifique à la commande publique, l'article 30bis, § 3, de la loi du 27 juin 1969 instaure un mécanisme de responsabilité solidaire pour les dettes sociales <sup>(160)</sup>. Ce régime s'applique aux travaux dits « immobiliers » au sens de l'art. 20, § 2, de l'arrêté royal du 28 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée. Sont également visés les travaux et services, sensibles à la fraude, décrits dans l'arrêté royal du 7 novembre 1983 instituant la commission paritaire pour les services gardiennage ou de surveillance (travaux de gardiennage, art. 30ter de la loi du 27 juin 1969) ou encore certaines activités du secteur de la viande (art. 30ter).

(156) Art. 88 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 reprenant le contenu de l'article 48, § 4, du Cahier général des charges. La seule modification apportée au texte concerne la suppression de la mention d'un bureau de location de main-d'œuvre pour la mise à disposition de personnel, cette référence donnant une portée trop restrictive à la disposition.

(157) M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 745, n° 14.

(158) *Ibid.*, pp. 745-746, n° 14 ; Y. CABUY, *op. cit.*, pp. 991-992.

(159) Pour de plus amples développements sur cette question, Voy. not. E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT (dir.), *Le droit social en chantier*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 93 et s. ; M. GRATIA, « Lutte contre la fraude sociale et mécanismes de responsabilité solidaire : évolution de la matière et actualité », *Dr. pén. ent.*, 2013/2-3, pp. 19 et s.

(160) Loi du 27 juin 1969, révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 25 juillet 1969.

Selon cette disposition, le commettant <sup>(161)</sup> faisant appel à un entrepreneur <sup>(162)</sup> débiteur de dettes sociales au moment de la conclusion de la convention est solidairement responsable du paiement de celles-ci <sup>(163)</sup>. Il en est de même pour l'entrepreneur à l'égard des dettes sociales de son sous-traitant <sup>(164)</sup> et chaque sous-traitant est considéré comme entrepreneur par rapport au sous-traitant suivant. La responsabilité solidaire s'applique également aux dettes sociales de l'entrepreneur ou du sous-traitant naissant en cours d'exécution du chantier <sup>(165)</sup>.

La responsabilité solidaire ne dépend plus dorénavant de l'absence de l'enregistrement <sup>(166)</sup> mais bien de l'existence de dettes sociales. Elle ne pourra cependant s'appliquer, dans le chef du commettant ou de l'entrepreneur, que si le sous-traitant a des dettes sociales au moment du paiement de sa facture et s'ils ne respectent pas l'obligation de retenue sur facture inscrite dans cette législation.

Il convient de noter que la notion de dette sociale inscrite dans la réglementation sur les marchés publics ne correspond pas tout à fait à celle visée par la loi précitée. Alors que la cause d'exclusion décrite ultérieurement ne couvre que les dettes vis-à-vis de l'ONSS et l'INASTI, l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 couvre les dettes à l'égard de l'ONSS, de l'Office patronal d'organisation et de contrôle des régimes de sécurité d'existence (OPOC) et du Fonds de sécurité d'existence du gardiennage (FSEG) <sup>(167)</sup>. Par conséquent, un opérateur pourrait ne pas être en situation d'exclusion au stade de sa sélection, se voir attribuer un marché, et en cours d'exécution de celui-ci faire l'objet d'une obligation de retenue sur la base de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969.

Concrètement, ce système implique pour le commettant ou l'entrepreneur l'obligation, *au moment du paiement d'une facture*, de vérifier <sup>(168)</sup> si son cocontractant a des dettes sociales. Dans l'affirmative, sans entrer dans les spécificités du régime, le com-

(161) Quiconque donne ordre d'exécuter ou de faire exécuter des travaux pour un prix en ce compris les pouvoirs adjudicateurs, et à l'exclusion des maîtres d'ouvrage passant commande à des fins purement privées. Art. 30bis, § 10, de la loi du 27 juin 1969.

(162) Quiconque s'engage pour un prix à exécuter ou faire exécuter des travaux pour un commettant.

(163) L'application de la responsabilité solidaire a été entièrement dissociée de l'enregistrement en tant qu'entrepreneur. Pour un résumé de l'évolution législative de l'obligation d'enregistrement des entrepreneurs, voy. E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT (dir.), *op. cit.*, pp. 93 et s.

(164) Quiconque s'engage soit directement soit indirectement, à quelque stade que ce soit, à exécuter ou faire exécuter pour un prix, le travail ou partir du travail confié à l'entrepreneur ou à mettre des travailleurs à disposition à cet effet.

(165) Art. 30bis, § 3, al. 11, de la loi du 27 juin 1969.

(166) L'article 401 du Code des impôts sur les revenus 1992 ainsi que l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 prévoyaient que s'il n'y avait pas d'enregistrement au moment de la conclusion du contrat, une responsabilité solidaire était d'application pour les dettes fiscales et sociales. S'il n'y avait pas d'enregistrement au moment du paiement, une obligation de retenue était d'application sur les factures et une obligation de versement au gouvernement valait pour les dettes sociales et fiscales. La Cour de justice a jugé que cette réglementation d'enregistrement belge en vigueur à l'époque allait à l'encontre de la libre circulation des services (articles 49 et 50 du traité CE) (C.J.U.E., 9 novembre 2006, C-433/04, *Commission c. Belgique*, J.L.M.B., 2007, p. 177, note de B. KHOL. *Adde* : A.-L. DURVIAUX et D. FISSE, « L'enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers », *A.P.T.*, 2008, p. 290).

(167) Les travaux préparatoires rappellent que ces dettes visées par la loi du 27 juin 1969 visent les cotisations impayées et accessoires (majorations, intérêts de retard, indemnités, frais judiciaires), ainsi que les dettes en qualité de solidairement responsable (Projet de loi-programme, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, 53 2081/001, p. 34 ; M. GRATIA, *op. cit.*, p. 29).

(168) Voy. le site du portail de la sécurité sociale : <https://www.socialsecurity.be>.

mettant ou l'entrepreneur doit retenir <sup>(169)</sup> et payer à l'ONSS une somme limitée au montant de la dette avec un maximum de 35 % HTVA du montant dû à son cocontractant <sup>(170)</sup>. À défaut, le commettant/entrepreneur ayant omis d'effectuer cette retenue sera redevable d'une amende administrative et pourra être tenu solidairement responsable de la dette sociale <sup>(171)</sup>.

Constatant que, confrontés à une responsabilité solidaire, certains sous-traitants se déclaraient en faillite pour échapper à leurs obligations, le législateur a introduit un paragraphe 3 à l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 <sup>(172)</sup>. Ce mécanisme instaure un mécanisme de responsabilité « subsidiaire ». Par conséquent, si les sommes réclamées à un entrepreneur/sous-traitant en première ligne n'ont pas pu être récupérées par l'ONSS (par exemple pour cause de faillite ou de société fictive), celui-ci pourra réclamer le paiement à l'entrepreneur, ou au donneur d'ordre se trouvant à un stade précédent dans la chaîne des intervenants <sup>(173)</sup>.

Cette responsabilité solidaire en cascade s'applique en premier lieu à l'égard du commettant/entrepreneur ayant fait appel à un entrepreneur/sous-traitant négligent. À défaut de récupération des sommes dues par ce biais, le paiement des dettes sociales peut être exercé successivement à l'encontre des opérateurs intervenant en amont. Notons cependant que l'autorité adjudicatrice ne peut elle-même être tenue solidairement responsable d'une manière subsidiaire. La subsidiarité n'est en effet prévue qu'à l'égard de l'adjudicataire et des sous-traitants. Ceci étant précisé, cette mesure pourrait tout de même avoir des conséquences pour le pouvoir adjudicateur. La circulaire fédérale précitée du 22 juillet 2014, relative à la responsabilité solidaire <sup>(174)</sup>, précise à cet égard : « grâce à la possibilité pour l'ONSS [...] d'obtenir le paiement de dettes sociales [...], par le biais de la responsabilité solidaire subsidiaire (graduellement) plus en amont dans la chaîne, la responsabilité de l'adjudicataire [...] pourrait finalement aussi être engagée. Si l'adjudicataire devait aussi rester en défaut de satisfaire à ses obligations sociales et fiscales, cela signifierait pour l'autorité adjudicatrice que l'obligation de retenue sur facture à l'égard de l'adjudicataire devrait être appliquée ».

**31. Régime général de responsabilité solidaire pour les dettes salariales** – Il convient également de citer la loi-programme du 29 mars 2012 ayant inséré dans la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération <sup>(175)</sup> un système de responsabilité solidaire pour dettes salariales et de cotisations sociales, à charge des autorités adjudicatrices, des adjudicataires et des sous-traitants <sup>(176)</sup>. L'objectif de cette loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2013 est de protéger les travailleurs et de lutter contre la concurrence déloyale reposant sur le travail d'une main-d'œuvre sous-payée. Sans aborder en détail les spécificités de cette législation, notons que la responsabilité so-

(169) Art. 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969.

(170) Dans certaines hypothèses, le montant de la retenue peut se limiter au montant réel des dettes sociales du cocontractant (art. 29*bis* de la loi du 27 juin 1969).

(171) Art. 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969.

(172) Art. 61 de la loi-programme du 29 mars 2012.

(173) Art. 30*ter*, § 3, de la loi du 27 juin 1969.

(174) *M.B.*, 4 août 2014.

(175) Art. 35/1 à 35/6.

(176) Les modalités du mécanisme et les neuf secteurs visés sont fixées par les arrêtés royaux des 23 mai 2013 et 17 août 2013.

lidaire en matière salariale <sup>(177)</sup> n'est pas automatique. Afin d'éviter de sanctionner des opérateurs honnêtes, l'application d'une responsabilité solidaire et les éventuelles amendes sont limités aux donneurs d'ordre (dont les autorités adjudicatrices), entrepreneurs et sous-traitants qui prendraient la décision d'ignorer la *notification écrite préalable* de l'inspection du travail signalant l'existence de *manquements graves* en termes de dettes salariales dans le chef de leur cocontractant ou d'un des intervenants de la chaîne de sous-traitance. Seuls les maîtres d'ouvrage <sup>(178)</sup>, adjudicataires et sous-traitants recevant la notification de l'inspection du travail peuvent être tenus pour solidairement responsables. En outre, la responsabilité salariale n'est d'application qu'à l'expiration d'un délai de 14 jours ouvrables après cette notification écrite, uniquement pour les dettes salariales futures et pour une durée maximale d'une année. Il s'agit donc de dissuader la poursuite d'une relation contractuelle avec un cocontractant ne respectant pas ses obligations en sa qualité d'employeur ou, à tout le moins, d'imposer que les salaires soient correctement payés à l'avenir.

**32. Régime spécifique de responsabilité solidaire en cas d'occupation de travailleurs en séjour illégal** – Outre ce *régime général*, la loi du 11 février 2013 <sup>(179)</sup> a mis en place, pour tous les secteurs, un *régime spécifique* de responsabilité solidaire salariale en cas d'occupation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal. Cette solidarité ainsi que les sanctions pénales et administratives pourront être évitées en cas de détention d'une déclaration écrite du sous-traitant direct confirmant qu'il n'occupe pas et n'occupera pas de travailleurs en séjour illégal. En outre, un système de notification écrite préalable de contrôle de lois sociales est également prévu afin de ne sanctionner que les opérateurs faisant fi de celle-ci et poursuivant sciemment des relations contractuelles avec des sous-traitants qui recourent à de la main-d'œuvre en séjour illégal <sup>(180)</sup>.

**33. Révision du prix en raison de facteurs d'ordre social** – L'on sait qu'en principe, les marchés publics sont passés à forfait, sur la base d'un prix définitif, déterminé ou déterminable. Cette invariabilité du prix connaît un tempérament résidant dans un régime de révision du prix en fonction de facteurs d'ordre, notamment, social tels que les salaires horaires et les charges sociales <sup>(181)</sup>. L'objectif est de rencontrer l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient <sup>(182)</sup>.

(177) En ce compris les cotisations sociales y afférentes.

(178) À l'exclusion des donneurs d'ordre/personnes physiques faisant effectuer les activités concernées à des fins exclusivement privées.

(179) Loi du 11 février 2013 prévoyant des sanctions et des mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Cette loi transpose la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009.

(180) Voy. la circulaire du 22 juillet 2014 relative à la responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, *M.B.*, 4 août 2014.

(181) Art. 2, 17°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ; art. 20 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 20 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Pour de plus amples développements sur la question, voy. I. VAN KRUCHTEN, « Commentaire de l'article 20 », in S. VAN GARSSE (ed.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation sur les marchés publics – Arrêté royal du 15 juillet 2011, op. cit.*, titre I/101 et s.

(182) Art. 6, § 1, de la loi du 15 juin 2006.

Désormais, une clause de révision des prix doit, en principe, être prévue non seulement pour les marchés de travaux mais également pour les marchés de fournitures et de services <sup>(183)</sup>.

Le texte actuel instaure ainsi une obligation générale de révision, sauf si le pouvoir adjudicateur décide d'y déroger dans les cas dûment justifiés. Cette obligation ne s'impose pas lorsque le montant du marché est estimé à moins de 120 000 euros ou que le délai d'exécution initial du marché est inférieur à cent vingt jours ouvrables ou cent quatre-vingts jours calendrier <sup>(184)</sup>. Dans ces deux dernières situations, l'absence de révision ne devra pas être motivée.

En outre, l'article 20, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit une possibilité de dérogation à l'obligation générale de révision. Le recours à cette dérogation doit cependant être « dûment » justifié, si la clause apparaît inadéquate pour un marché spécifique. Par exemple pour des emprunts à taux fixe, précise le commentaire au Roi.

Lorsque le marché comporte une formule de révision, le contrat de sous-traitance doit comporter une même formule si le montant de la convention de sous-traitance est supérieur à 30 000 euros ou que le délai compris entre la date de conclusion du contrat de sous-traitance et celle fixée pour le début de l'exécution de la partie du marché sous-traité excède nonante jours <sup>(185)</sup>.

### § 3. Droits des tiers

**34. Saisies des créances de l'adjudicataire par les ouvriers et employés** – L'article 43 de la loi du 15 juin 2006 établit un régime de faveur pour les ouvriers et employés de l'adjudicataire en ce qui concerne la saisie de ses créances à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Le principe est en effet que les créances des adjudicataires dues en exécution d'un marché public ne peuvent faire l'objet d'une saisie, d'une opposition, d'une cession ou d'une mise en gage jusqu'à la réception.

Par exception, ces créances peuvent être saisies ou faire l'objet d'une opposition même avant la réception par les ouvriers et les employés de l'adjudicataire pour leurs salaires et appointements, dus pour des prestations afférentes au marché en question.

Cette disposition prévoit également que les cessions et les mises en gage qui peuvent être constituées par l'adjudicataire au profit de bailleurs de fonds ne sortiront leurs effets qu'après que les ouvriers, les employés, les sous-traitants et les fournisseurs ayant fait une saisie-arrêt ou une opposition auront été payés.

(183) Art. 20 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 20 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(184) Art. 20, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ; art. 20 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

(185) Art. 14, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

---

## Conclusion

**35.** Les points de rencontre entre le droit social et le droit de la commande publique sont nombreux.

Certains d'entre eux illustrent un phénomène déjà constaté ailleurs, celui de l'extension tentaculaire du champ d'application de la réglementation des marchés publics (section 1). Celle-ci aboutit à modifier la pratique des acteurs du droit social, voire certains de ses fondements, tel le droit de négociation collective.

Le droit social exerce quant à lui une influence déterminante sur le choix des entreprises pouvant concourir pour l'attribution d'un marché (section 2). Le droit de la commande publique intègre ces exigences depuis longtemps, par exemple en érigeant comme cause d'exclusion la violation des obligations existantes en matière de cotisations sociales. Il ne s'agit cependant pas uniquement pour les pouvoirs publics de donner l'exemple. Ces obligations permettent en réalité d'atteindre un double objectif : social, certes, mais surtout économique. Les pouvoirs publics tentent ce faisant d'éviter les distorsions de concurrence qui résulteraient de la participation à un marché d'un opérateur tirant un avantage concurrentiel du défaut de respect de ses obligations issues de la réglementation sociale, l'amenant à pouvoir proposer des prix bradés par rapport à ses concurrents. Cette affirmation peut certes être nuancée depuis que le droit de la commande publique s'ouvre à la prise en compte de considérations d'ordre social que n'impose pas à proprement parler la réglementation sociale. Ce sont toutefois les mêmes objectifs qui sont poursuivis au travers des obligations et opérations aboutissant aux choix de l'adjudicataire d'un marché (section 3). Il est intéressant de relever à cet égard que le droit de la commande publique ne se limite pas à intégrer, parfois en permettant de s'en écarter partiellement, des obligations qu'impose le droit social, par exemple en matière de sécurité et de santé des travailleurs. Il développe également des normes, par exemple dans le cadre du contrôle des prix, qui ont certes pour objectif premier de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui permettent aussi indirectement aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier le respect de normes protectrices des conditions des travailleurs.

Le droit de la commande publique produit également des obligations propres pour assurer le respect de la réglementation sociale lors de l'exécution du marché (section 4). Il y est toutefois davantage bousculé « de l'extérieur » par le droit social. Un marché public demeure un contrat visant à la réalisation de travaux, à la fourniture de produits ou à la réalisation de services. Il n'est dès lors pas anormal que le régime de droit social existant s'applique également à ces contrats, en imposant des obligations supplémentaires aux parties au marché, sans s'attarder à leur qualité particulière ou aux modalités spécifiques qui entourent les contrats publics.

**36.** On ne peut que s'en réjouir, tant notre réglementation sociale participe au bien-être des travailleurs que nombre d'autres pays nous envient. Il ne faudrait cependant pas que l'arsenal législatif et réglementaire en place aboutisse à asphyxier l'administration et les entreprises.



Dans ce cadre, les moyens de vérification du respect de cet arsenal par les entreprises devraient encore davantage être dépouillés de la lourdeur administrative qu'ils connaissent aujourd'hui. Parmi d'autres solutions, des outils de simplification administrative existent. Il conviendrait qu'ils soient plus, voire simplement mieux exploités. Le recours à la déclaration implicite sur l'honneur devrait être généralisé ; les instruments de vérification du respect des obligations en matière de paiement de dettes sociales coordonnés. Les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques devraient aussi éviter de prévoir des formalités ou des exigences qui alourdissent inutilement la constitution des dossiers de soumission ou rendent encore plus complexes pour les deux parties l'exécution de marchés que notre arsenal législatif et réglementaire rend de moins en moins simples.