



Webinaire 1

Lutter contre le dumping social : concevoir son marché et examiner ses offres

19/05/2021



Union des Villes
et Communes
de Wallonie asbl

Quelques consignes pour débuter...

01 **Converser**
Signaler un problème **technique**
➔ **Modérateur**



02 **Q. Et R.**
Poser une question liée aux **contenus**
➔ **Conférenciers**



Nos invités

Christophe DUBOIS
Avocat associé
EQUAL Partners



Marie-Claude DURIEUX
Directrice - Juriste
Direction des marchés
publics et droit immobilier
Société Wallonne du
Logement



Menu de la séance

01

Introduction : de quoi parle-t-on ? Etat du droit

02

Notion centrale : les secteurs sensibles à la fraude

03

Conception du marché : la réservation du marché

04

Accès au marché: cause d'exclusion et critère de selection

05

Attribution : régularité de l'offre et prix



1. Introduction : qu'est-ce que le dumping social ?

Le dumping social est un ensemble de pratiques abusives ainsi que le contournement de la législation, qui rendent possible la concurrence déloyale en diminuant **illégalement** le coût du travail et les coûts de fonctionnement.

Ces pratiques résultent dès lors en une violation des droits et l'exploitation des travailleurs.



1. Introduction : état du droit

- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (Art. 7; art. 66 et s.)
- ARP du 18 avril 2017 relative à la passation dans les marchés publics (Art. 33 et s., art.76)
- Décret wallon du 2 mai 2019 « marchés subsidiés »
- Circulaire de la SWL – clauses sociales – marchés de travaux des SLSP – à partir de 1 million d’euros
- CSC Type Bâtiments 2022
- Guides divers
 - Guide du SPW sur les clauses sociales (2019)
 - Guide du SPW sur les marchés publics responsables (2019)
 - Guide du SPW sur la vérification des prix (2018)
 - Boîte à outils Mesures Anti-Dumping dans les marchés de travaux (MAJ 2021)



1. Introduction : état du droit

- Décret du 2 mai 2019 modifiant divers décrets en vue d'insérer des clauses environnementales, **sociales** et **éthiques** dans les marchés publics subsidiés par la Région wallonne

« L'utilisation de la subvention, octroyée [dans le cadre du présent décret] et relative à un marché de travaux, est subordonnée à l'insertion dans les documents de marché relatif à ces travaux, d'une ou de plusieurs clauses environnementales, d'une ou de plusieurs clauses sociales et d'une ou de plusieurs clauses éthiques visant à lutter contre le dumping social ».

*« Le Gouvernement précise la portée de ces clauses et en fixe les modalités d'insertion. (...) le Gouvernement peut fixer des seuils à partir desquels elle sont insérées » => **à ce jour absence d'AGW ?***

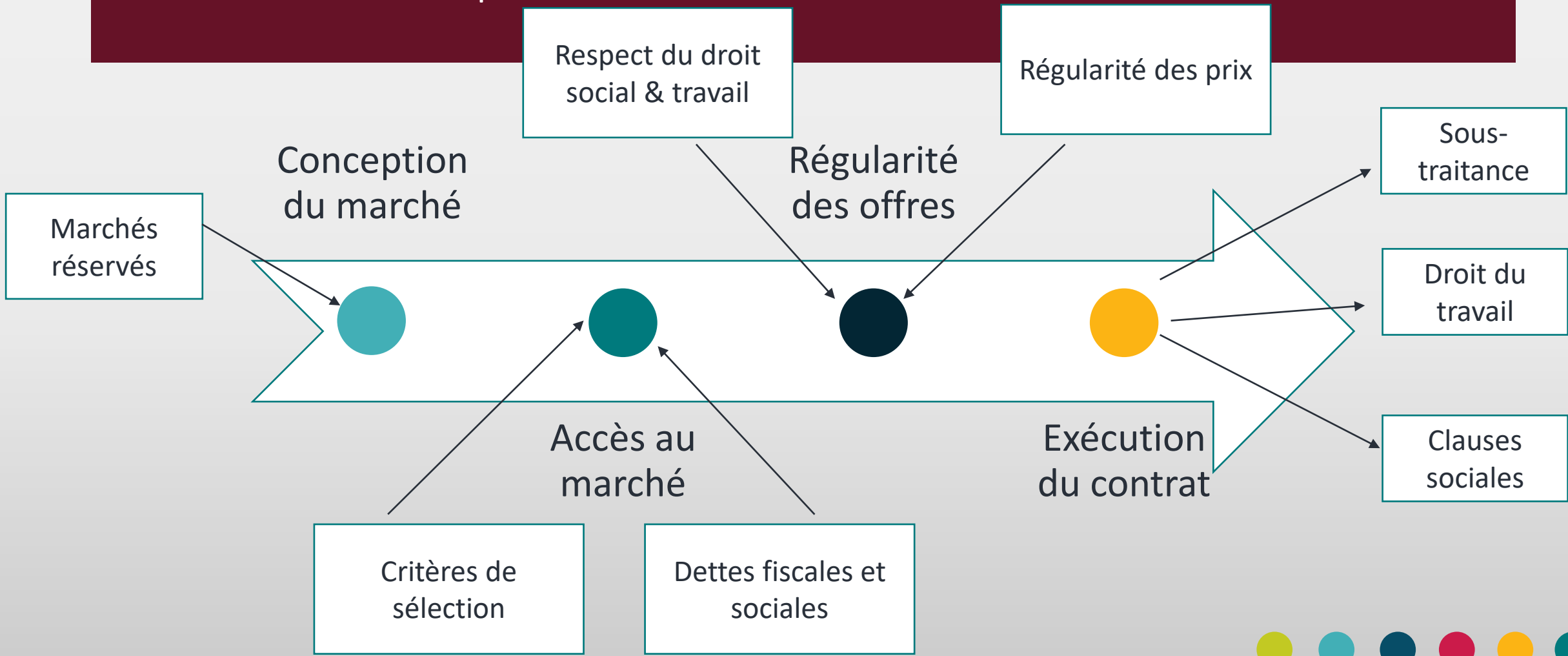


1. Introduction : état du droit

Clauses sociales	Clauses « éthiques » de lutte contre le dumping social
Marchés publics de travaux	
Marchés estimés à ou supérieurs à 1 million d'euros	Pas pour les marchés de moins de 139.000 euros
Ne pas surcharger les facilitateurs « clauses sociales » - Risque pour les entreprises de ne pas trouver les stagiaires	Ne pas dissuader les PME vu la complexification du C.S.C. – P.A. peut exercer un filtre en sélectionnant les opérateurs économiques – ne pas surcharger les Pouvoirs Locaux



1. Introduction: question transversale



2. Notion centrale: secteurs sensibles à la fraude

- Que revêt la notion ?
 - Un marché de travaux
 - Un marché de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales
 - Nettoyage, gardiennage,...
- [Marchés de services dans un secteur sensible à la fraude | Public Procurement](#)



3. La réservation du marché

- Qu'est-ce qu'un marché réservé ?
 - Art. 15 Loi 17 juin 2016:
 - « réserver l'accès à la procédure de passation à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées,
 - ou réserver l'exécution de ces marchés dans le cadre de programme d'emplois protégés, à condition qu'au moins trente pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».
 - Implique qu'une partie du marché (certains postes ou un pourcentage du montant du marché) ou un lot soit identifié à cet effet
 - « L'avis de marché ou, en son absence, un autre document du marché, fait mention de la réservation en renvoyant au présent article ».



3. La réservation du marché: cas particulier de la PCAN

- Art. 38, § 1^{er}, al.1^{er}, 1^o,e) => Procédure concurrentielle avec négociation
- Deux conditions:
 - Marché réservé et,
 - Valeur du marché inférieur aux seuils déclenchant une publicité européenne



3. La réservation du marché

- Wallonie : 54 ETA (EWETA)
- Attention à la réservation :
 - il convient de s'assurer que les opérateurs économiques satisfassent aux conditions posées par la législation pour être qualifiés de ETA ou ESI
 - Loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi
 - Il convient également de s'assurer que l'opérateur économique dispose de l'agrément nécessaire
 - Secteurs en particulier : mailing et publipostage; parcs et espaces verts; conditionnement; logistique; imprimerie;
 - Encadrement important => peut-être que certains opérateurs économiques ne feront pas l'effort de soumissionner (distance, disponibilité,...)



4. L'accès au marché



Cause
d'exclusion



Critère de
sélection



4. Accès au marché : cause d'exclusion

- Causes d'exclusion obligatoire et facultative
 - Articles 67, 68 et 69 Loi
 - Deux causes d'exclusion obligatoire méritent une attention particulière
 - Un cause d'exclusion facultative également

Travail des enfants => décision judiciaire en force de chose jugée

Occupation de travailleurs de pays tiers « illégaux » = décision judiciaire force chose jugée

Occupation de travailleurs de pays tiers « illégaux » => décision administrative/PV

Dettes fiscales ou sociales

Par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué aux obligations applicables en droit social et du travail



4. Accès au marché : cause d'exclusion (Loi, art. 68)

- Le pouvoir adjudicateur exclut l'opérateur économique qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf :
 - Lorsque le montant impayé ne dépasse pas 3000 euros;
 - Lorsque l'opérateur économique peut démontrer 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.
 - Couvrir au moins le montant égal à celui pour lequel il est en retard, diminué des 3000 euros précités



4. Accès au marché : cause d'exclusion (Loi, art. 68)

- Si les dettes fiscales et sociales dépassent le montant de 3000 euros, le pouvoir adjudicateur donne l'opportunité de se mettre en règle dans le courant de la procédure de passation:
 - Un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de la régularisation
 - « Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise »

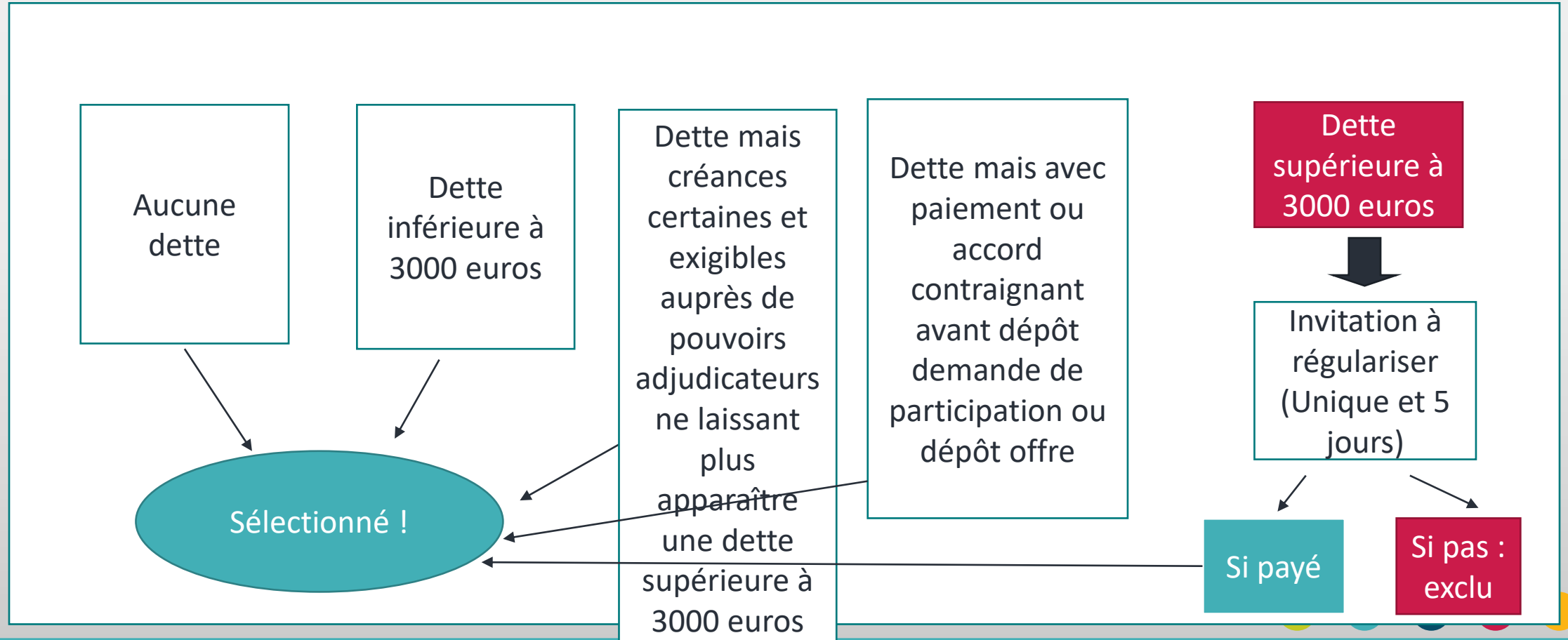


4. Accès au marché : cause d'exclusion (Loi, art. 68)

- Exclusion ne peut être prononcée si l'opérateur économique paie ou a conclu un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres.



4. Accès au marché : cause d'exclusion (Loi, art. 68)



4. Quand vérifier cette absence de dettes fiscales et sociales ?

C.E., 13 avril 2021, n°
250.323

A deux moments

Dans les 20 jours qui suivent
l'ouverture des offres (Télémarc)

Art. 62 §2 et 63, § 2 AR 18 avril 2017

Avant l'attribution, sur la base de
documents mis à jour

Art. 73, § 3, al.2 Loi



4. Quand vérifier cette absence de dettes fiscales et sociales ?

C.E., 13 avril 2021, n°
250.323

La partie adverse ne dépose pas de pièce démontrant que ces vérifications ont été mises à jour dans le délai requis par l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi. Elle ne le soutient d'ailleurs pas. Elle se limite à se référer au rapport d'analyse des offres et à la décision d'attribution, laquelle énonce que les soumissionnaires « sont en règle en matière de paiement de leurs cotisations de sécurité sociale » ainsi que « par rapport à leurs obligations fiscales ».

Si l'article 73, § 4, de la loi, qui permet aux opérateurs économiques de ne pas présenter des documents lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale accessible gratuitement, comme Télémarché, il ne dispense pas la partie adverse de faire la démarche qui consiste à s'enquérir, avant l'attribution du marché, de la situation des dettes fiscales et sociales du soumissionnaire auquel elle a décidé d'attribuer le marché.



4. Accès au marché: critère de sélection qualitative

- Critère de sélection: s'assurer que l'opérateur économique présente toutes les garanties quant à sa capacité d'exécuter le marché conformément aux exigences des documents du marché
- Possibilité ou non de prendre en compte des critères liés « au droit social/ responsabilité sociétale des entreprises » ?



C.E., n° 245.438
du 15 septembre
2019

Attention à ce type de clause
« tendance »

Comme le soutient la requérante, "l'engagement d'un soumissionnaire à mettre en œuvre, en cours d'exécution du chantier, des contacts de formations ne constitue en rien un élément permettant de démontrer la capacité professionnelle ou technique existante d'un soumissionnaire, au sens de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics".

La prescription litigieuse excède la limite assignée au pouvoir adjudicateur, par les dispositions précitées, de n'imposer que des conditions de participation au marché qui garantissent l'aptitude à réaliser le marché conformément au niveau de qualité approprié.

Cette exigence expressément prescrite par la partie adverse au titre de la sélection qualitative méconnaît *prima facie* les dispositions précitées applicables à la phase de sélection et dont le moyen invoque la violation. Ce faisant, elle vicie, quant à son motif, la décision de refus de sélection de la requérante.



Nous répondons à vos questions !



5. Régularité des offres

- Loi du 17 juin 2016, art 66 : « *Lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas les obligations dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail, il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est sanctionné pénalement. Dans les autres cas, il peut procéder de la même manière* »
 - Obligation d'écartier l'offre !
- 76, § 1^{er}, al.4 AR 18 avril 2017: irrégularité substantielle => non respect du droit du travail, du droit social ou du droit environnemental, dont le non-respect est sanctionné pénalement



5. Régularité des offres

- C.E., n° 244.166 du 3 avril 2019 => recours à une filiale située hors UE (call center)

=> examen effectué au regard du respect de l'article 7 Loi MP et du caractère normal du prix

=> position « forte » du C.E.: un soumissionnaire qui recourt à une filiale établie hors UE pour prêter un marché ne méconnaît pas « *ses obligations en matière de droit social et de droit du travail et suspecté de « fraude sociale »* » [on ne voit pas en quoi il] devrait être



5. Régularité des offres

S'agissant de l'allégation de violation de l'article 7 de la loi du 17 juin 2016, précitée, selon lequel "les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II", il convient de relever que le courrier du 15 novembre 2018 comporte des informations relatives aux salaires des agents de la filiale VENTURIS Tunisie chargés du traitement des dossiers et qu'il en ressort que, sans même compter les avantages dont bénéficient également ces agents, leurs salaires s'avèrent largement supérieurs à ce que la requérante indique, dans le deuxième moyen, comme étant le salaire minimum en Tunisie pour un régime de travail de 48 heures par semaine.



5. Vérification des prix (Loi, art. 84 et Art. 35 et 36 ARP)

C.E., n° 248.616 du
15 octobre 2020

2 étapes

Vérification Générale
(art. 35 ARP)

-

Premier niveau de
contrôle

Prix anormalement bas
ou haut (art. 36 ARP)

-

Second niveau de
contrôle



5. Vérification générale des prix/premier niveau de contrôle (Art. 35 ARP)

- Vérification générale : Obligatoire dans **toutes** les procédures et ce indépendamment du montant

- C.E., n° 241.714 du 5 juin 2018

« Le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des écarts parfois importants entre les prix de plusieurs offres, la partie adverse ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier.

A défaut de telles indications, l'effectivité d'une vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le deuxième moyen doit être déclaré sérieux ».

- Caractère strict de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question: le pouvoir adjudicateur doit pouvoir démontrer qu'il a valablement procédé au contrôle des prix => attention à la forme de la décision et à son Dossier Administratif



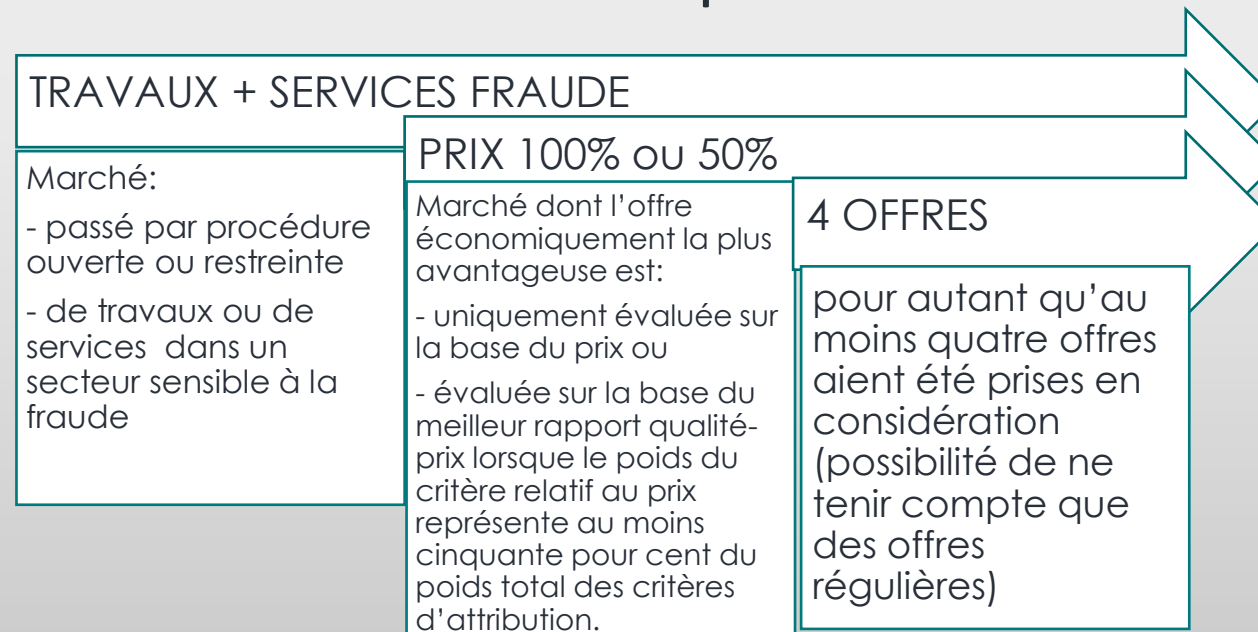
5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

- Le pouvoir adjudicateur doit interroger l'opérateur économique dont l'offre comprend des prix apparemment anormalement haut ou bas
 - Au plus le prix est complexe, au plus de soin dans l'analyse (C.E., 242.936 du 14 novembre 2018)
 - Sauf s'il s'agit de prix de postes négligeables (1% Circulaire RW du 14 juillet 2008)
 - Sauf marchés passés par PCAN, PNSPPP, PNDAPP et inférieur à 214.000 F/S ou 500.000 T
- Interroger l'opérateur économique sur le « coût » salaire



5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

- Présomption (réfragable) de prix anormal: examen de toute offre dont le montant total est inférieur de plus de 15 % en dessous de la moyenne des montants des offres déposées



5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

- Prix à zéro euro
- C.J.U.E. du 10 septembre 2020, ©367/19 : un prix de zéro euro peut amener à qualifier une offre d'anormalement basse
 - Par conséquent, un pouvoir adjudicateur doit solliciter du soumissionnaire des informations quant au montant proposé
 - Elle ne peut être automatiquement rejetée



5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

- Délai de 12 jours doit être accordé pour fournir la réponse
 - Plus court permis moyennant motivation
 - Pas d'obligation d'interroger l'opérateur une seconde fois (C.E., n°249.334 du 24 décembre 2020)
 - L'opérateur économique doit justifier son prix sans pouvoir le modifier
- Le pouvoir adjudicateur doit ensuite s'approprier les justifications avancées



5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

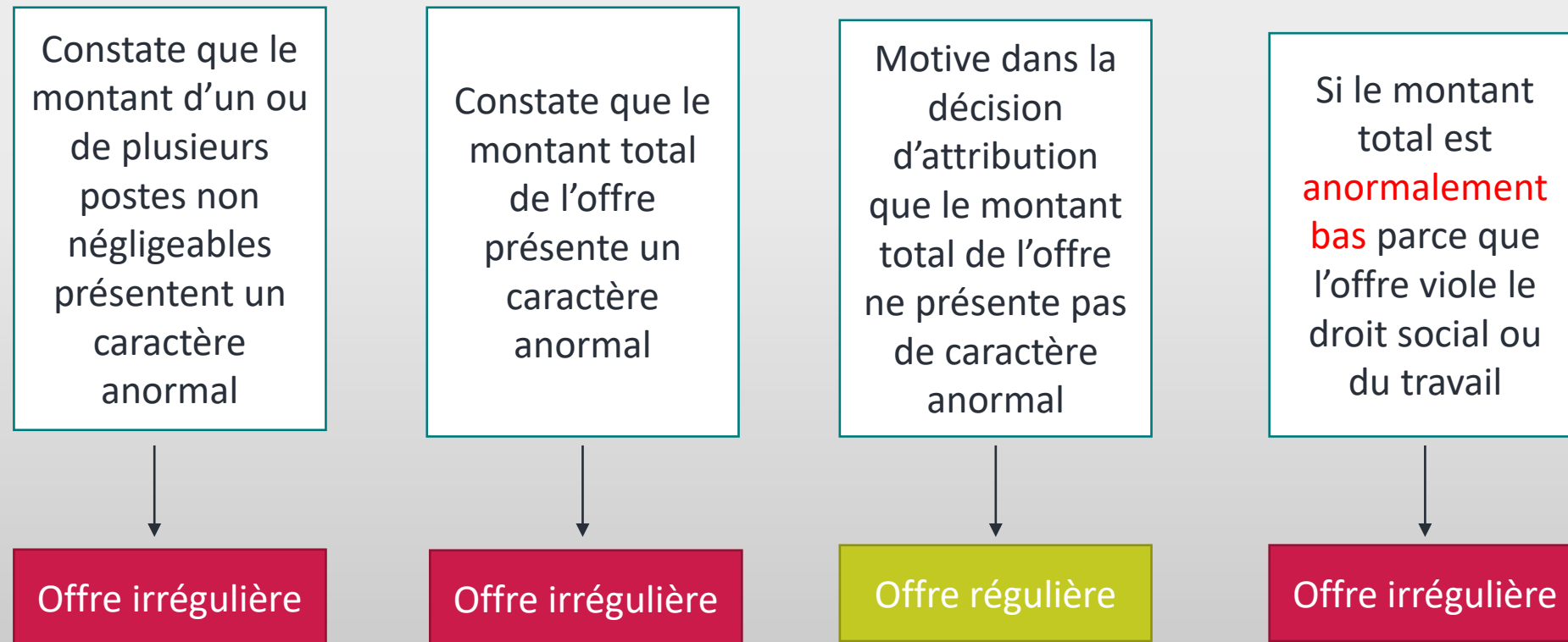
- Marge d'appréciation a priori plus grande dans le chef du pouvoir adjudicateur dans le cas de l'examen d'une offre comportant un prix a priori anormalement haut
- C.E., n°248.853 du 9 novembre 2020

« un prix apparemment anormalement élevé ne fait a priori pas craindre que le soumissionnaire qui l'a proposé ne serait pas en mesure d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges. De même, lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une motivation plus succincte des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent anormalement hauts sont finalement tenus pour normaux ».



5. Prix apparemment anormaux/ Second niveau de contrôle (Art. 36 ARP)

Appréciation du pouvoir adjudicateur = encadré



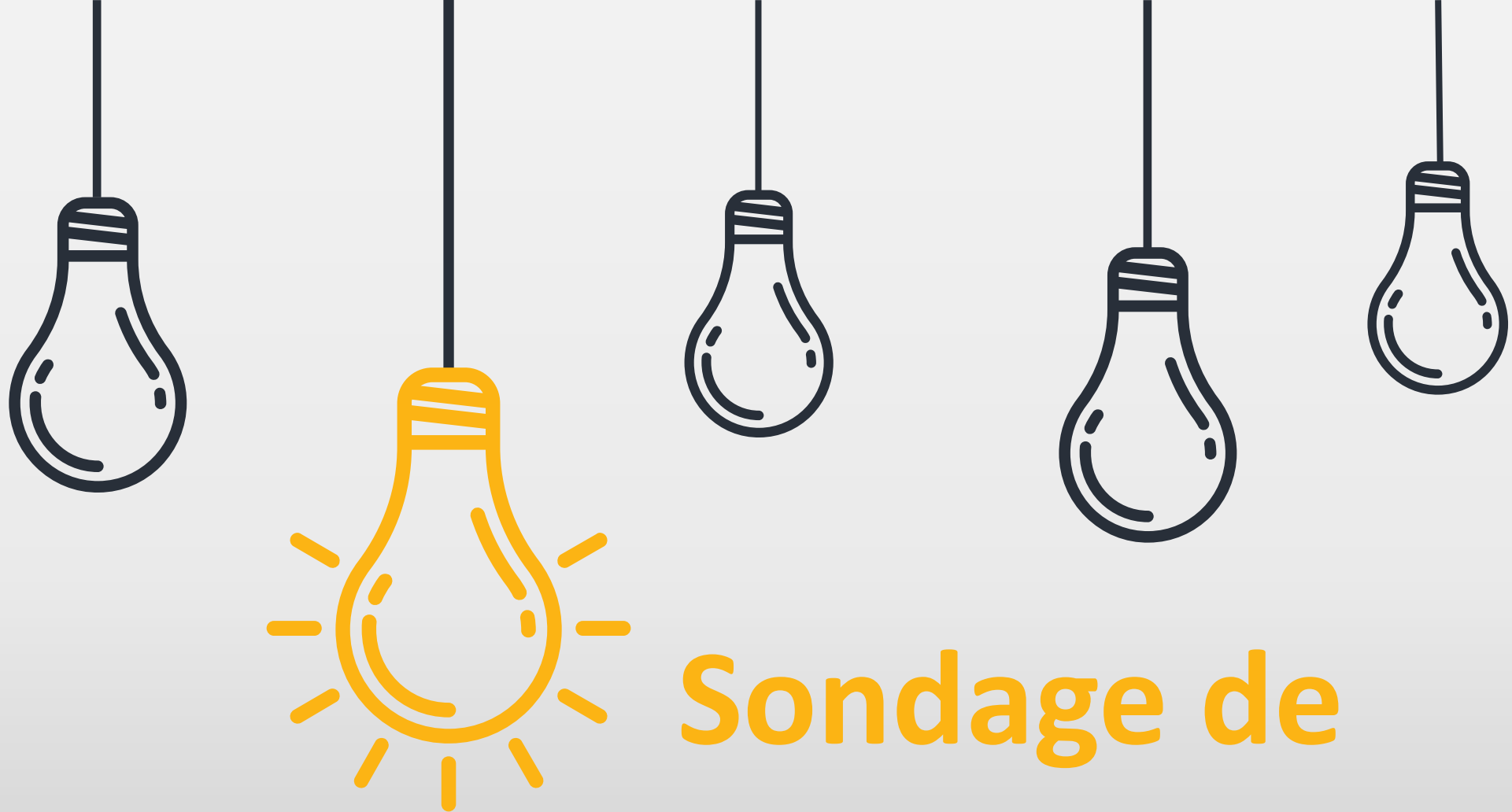
5. Prix apparemment anormaux

- Dans la décision d'attribution :
 - mentionner que les prix ont été vérifiés conformément à l'article 35 ARP
 - Indiquer si le P.A. a des remarques quant au caractère normal ou non du prix
 - Indiquer si le P.A. a enclenché l'article 36 de l'ARP
 - Indiquer si le P.A. a reçu une justification en réponse de la part de l'opérateur économique
 - Indiquer si le PA accepte ou non cette justification => implique une motivation
 - Tant sur la base des articles 35 et 36 ARP (prix) que sur la base de l'article 76 de l'ARP (irrégularité)
- Dans le Dossier Administratif: échanges, analyses de prix poussées, documents datés (éventuellement signés)



Nous répondons à vos questions !





Sondage de clôture



En conclusion et pour aller plus loin



Kits numériques

Marchés publics notamment

<http://uvcw.be/espaces/formations/920.cfm>



Formation

Comment lutter contre le dumping social dans le cadre de vos marchés publics ? (1jour)

<https://www.uvcw.be/formations/1964>



Clauses de la RW

<https://marchespublics.wallonie.be/home/pouvoirs-adjudicateurs/passer-un-marche-public-responsable/quels-sont-les-clauses-et-outils-specifiques-a-chaque-type-de-marche/marches-de-travaux.html>



Le portail des marchés publics

<https://marchespublics.wallonie.be/home.html>



Le réseau des marchés publics

<http://marchespublics.uvcw.be/>



Merci pour votre participation !

Nous revenons vers vous pour...



- Webinaire 2 : Le dumping social dans l'exécution du marché – 9/06/21
- Vous permettre de revoir les webinaires

A bientôt !

