

Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics

Raphaël Dugaillez et Marc Martens, *chercheurs-associés à étopia*

Novembre 2006



étopia

centre d'animation et de recherche en écologie politique

1 Préambule¹

Le législateur a confié à l'exécutif de nombreux outils de politique économique, plus ou moins directs. Citons les impôts directs et indirects, la TVA, ... Les marchés publics sont un autre volet économique puisqu'ils sont l'instrument des dépenses de l'Etat. Le PIB belge de 2003 est de 236 milliards d'euros. Le volume financier des marchés publics en Belgique peut être estimé à 33 milliards d'EUR, soit approximativement 14% du PIB. Au vu de l'importance des volumes financiers en jeu dans les marchés publics et compte tenu de l'évolution de la réglementation de cette matière, il est donc très clair que les marchés publics sont un très bel outil de politique économique.

A l'échelle européenne, les acheteurs publics et les autres entités visées par les directives sur les marchés publics constituent un groupe de consommateurs important : plus de 1.000 milliards d'EUR, soit quelque 14% du PIB de l'Union.

Les outils de politique environnementale sont aussi nombreux et ont été considérablement étoffés en quelques années. Citons les normes, l'information, la sensibilisation, la politique des produits, la police de l'environnement. Il en est un qui en est à ses prémices et qui fait l'objet du présent article : les marchés publics.

Traditionnellement, l'impact des activités humaines est considéré comme se réduisant essentiellement à des problèmes de « pollution de l'environnement ». La solution, estime-t-on alors, consiste à traiter la pollution par le biais de divers dispositifs techniques intervenant généralement en fin de processus (ce que l'on désigne habituellement par l'expression anglaise «end of pipe»). Historiquement, l'approche end-of-pipe s'est développée selon une stratégie administrative sectorielle. Le traitement des déchets solides, des déchets dangereux ou toxiques, des déchets liquides, des pollutions atmosphériques, relève généralement de différents corps administratifs, qui vont de la santé publique au service des eaux.

Toutefois, il faut bien réaliser que la «solution» d'un problème aux yeux d'un département peut fort bien se révéler n'être que son transfert sur un terrain relevant d'un autre département, la «dépollution» consistant simplement à déplacer la pollution. Le traitement des eaux usées, par exemple, produit de l'eau «propre», mais également des boues d'épuration en très grandes quantités. Or, le stockage de ces boues ou leur épandage sur les terres agricoles, peut entraîner une contamination du sol et des eaux souterraines, notamment par des métaux lourds. De même, l'incinération des déchets solides permet de réduire considérablement leur volume, mais le stockage des cendres d'incinération présente également un problème pour le sol et les eaux souterraines. De plus, l'incinération risque de polluer l'atmosphère. Pour satisfaire aux normes de qualité de l'air, on peut alors installer des filtres. Ces derniers se chargent de substances solides qu'il convient, à leur tour, d'éliminer.

Par conséquent, bien que l'approche « end-of-pipe » ait rendu d'indéniables services ces dernières décennies, il est clair qu'à terme, une telle stratégie sectorielle ne suffit pas. Par ailleurs, les pays industrialisés sont confrontés à un phénomène croissant, face auquel la stratégie end-of-pipe est inopérante: le fait que les émissions polluantes deviennent, proportionnellement, de plus en plus diffuses.

Une brève analyse de la majorité des politiques environnementales illustre facilement le modèle « end of pipe » de l'économie : l'emploi dans les secteurs

¹ Raphaël Dugailliez est ingénieur industriel et titulaire d'un DES en développement local, consultant en stratégie de développement durable ; Marc Martens, est Avocat spécialisé en droit public et administratif. Ils sont tous les deux formateurs pour étopia en matière de marchés publics « durables ».

environnementaux est majoritairement affecté à la réparation en bout de course des dégâts causés à l'environnement. Une politique plus ambitieuse viserait à transférer une partie des ressources financières et humaines vers le développement de processus, services et produits moins polluants. A long terme, le passif environnemental (l'empreinte écologique accumulée) se réduirait et ceci diminuerait les coûts pour la collectivité : l'externalisation des dégâts environnementaux engendrés par l'économie actuelle est majoritairement supportée par les pouvoirs publics.

L'internalisation des coûts externes à l'environnement allégerait à moyen terme la charge globale pour l'Etat et permettrait ainsi de dégager des marges budgétaires à d'autres politiques.

Nous ne développerons pas ce raisonnement pour le volet social, mais il nous apparaît que l'analyse sur le volet environnemental du modèle « end of pipe » est transposable également pour le volet « social » et « emploi » des politiques.

Oui, les marchés publics peuvent grandement influencer l'innovation technologique, diminuer les impacts environnementaux directs et indirects, favoriser le développement économique de filières à triple dividende, à fort potentiel de croissance d'emplois non-délocalisables, citons par exemple la construction durable, les énergies renouvelables, la chimie verte, les bioplastiques, le transport écologique et la logistique multimodale, l'agriculture biologique, ... et plus largement tous les secteurs de l'économie sociale.

A ce jour en Belgique francophone, le volet « environnemental » et « social » des marchés publics n'est que très peu actionné. Cet article est une contribution à combler un maillon manquant, à savoir le maillon qui permettrait de relier les fonctionnaires techniques agissant pour compte des adjudicataires, les entreprises et fédérations patronales des secteurs concernés et les institutions œuvrant à une prise en compte de l'environnement et du social plus transversale.

Il sera balayé un état non exhaustif des possibilités offertes par la législation ainsi qu'une analyse plus précise des difficultés à pratiquer les marchés publics « durables », c'est-à-dire ayant pour but, outre de contribuer à la réalisation du marché intérieur européen par des achats transparents et non discriminatoires et d'assurer une allocation optimale des deniers publics en garantissant des achats au meilleur prix ou meilleur rapport qualité/prix, d'inclure des clauses qui viseront à une meilleure prise en compte de l'environnement et des impacts éthiques et sociaux.

Enfin, il est utile de cadrer aussi la prise de conscience belge avec la vague européenne en matière de marchés publics : en date du 31 mars 2004, le Parlement européen a adopté la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, fournitures et de services et la Directive 2004/17/CE portant sur la coordination des procédures pour l'inscription de marchés dans les secteurs de la fourniture d'eau et d'énergie, des transports et des services postaux. Dorénavant, les Directives permettent de tenir compte de manière explicite d'exigences et de considérations environnementales, aussi bien pour les spécifications techniques, les critères de sélection que pour les critères d'attribution du marché.

La référence explicite à des critères environnementaux dans la réglementation européenne sur les marchés publics est la conséquence d'une longue évolution, dans laquelle la Cour européenne de Justice a joué un rôle crucial. Pour les aspects sociaux, la Commission a permis depuis de nombreuses années des mécanismes qui sont très peu utilisés en Belgique. Ils seront rappelés dans cet article.

Il est surprenant de constater que le législateur belge a précédé le législateur européen. Sous la pression du parti écologiste au sein du gouvernement belge, et renforcé par l'arrêt du 17 septembre 2002 dans l'affaire C-513-00 (arrêt Concordia Bus Finland), le législateur belge a, par la loi-programme du 8 avril 2003, modifié l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certaines commandes pour l'adjudication de travaux, de fournitures et de services en ce sens que, désormais, les caractéristiques environnementales peuvent aussi être utilisées comme critères d'attribution, pour autant qu'elles aient trait à l'objet du marché.

Il est également rappelé au lecteur que le champs d'application de la législation des marchés publics s'est également élargi au cours des dernières années. Le champ d'application *ratione personae* de la directive générale est déterminé quasi exclusivement² par la qualité "publique" des entités adjudicatrices.

Celles-ci sont d'une part les personnes publiques classiques (Etat, régions, communautés, provinces, communes, CPAS, etc.) et d'autre part, une catégorie d'organismes dits de droit public (ci-après O.D.P.), dont chaque Etat membre dresse la liste non limitative.

Par O.D.P., l'article 1^{er} de la directive générale entend un organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général de caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- doté de la personnalité juridique ;
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle de ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé pour plus de la moitié de membres désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

A ce propos, la jurisprudence a abondamment précisé ces trois critères. Retenons simplement que de nombreuses asbl satellites créées pour éviter la lourdeur des passation de marché ont perdu une partie de leur raison d'être à la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne de justice.

2 Marchés publics et environnement

La Commission européenne offre la possibilité aux acheteurs publics de contribuer au développement durable en indiquant les possibilités offertes par le cadre juridique existant et de veiller à la protection de l'environnement à travers les marchés publics.

En introduisant des considérations environnementales dans les marchés publics, les organismes publics, les groupes de consommateurs importants, peuvent réduire considérablement l'impact de la consommation sur notre environnement. De même, en agissant ainsi, ils constituent un levier important dans la promotion d'un changement des modes de consommation. Ils font office d'exemple pour les consommateurs privés.

² Au contraire de la directive sectorielle régissant pour l'essentiel l'exercice de certaines activités (énergie, transports, etc.).

Une étude de 2003³ examinant les pratiques en matière de marchés publics dans les États membres dans l'UE à quinze montre que 19 % seulement de toutes les administrations publiques font des achats écologiques dans une mesure appréciable (application de critères environnementaux dans plus de la moitié des achats). Les principaux obstacles sont des connaissances insuffisantes pour fixer les bons critères environnementaux dans les documents d'appels d'offres, des contraintes budgétaires imputables aux prix parfois plus élevés des produits et des services écologiques et l'insécurité juridique.

Le rôle des autorités publiques et des organismes d'intérêt public (OIP) dans cette matière n'est donc pas négligeable et est reconnu (voir à ce sujet plusieurs publications de l'OCDE⁴). Dans la pratique cependant, des difficultés dans la mise en œuvre de l'introduction de clauses environnementales dans les marchés publics sont fréquemment rencontrées. Celles-ci sont, d'une part, d'ordre juridique - que peut-on faire tout en respectant la législation ? -, d'autre part, d'ordre technique - qu'est ce qui est mieux pour l'environnement ?

En ce qui concerne les difficultés d'ordre juridique, la Commission européenne a publié plusieurs documents importants (Acheter vert, manuel des marchés publics écologiques ; la Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés). Ces documents, dont les points principaux sont résumés dans cet article, donne des indications très concrètes sur la manière de prendre en compte l'environnement à travers les différentes étapes d'une procédure d'attribution d'un marché tout en respectant le cadre juridique des marchés publics.

Rappelons que les objectifs de la politique des marchés publics sont :

- de contribuer à la réalisation du Marché intérieur par des achats transparents et non discriminatoires ;
- d'assurer une allocation optimale des deniers publics en garantissant des achats au meilleur prix ou meilleur rapport qualité/prix.

Tout en assurant le respect de ces objectifs, la protection de l'environnement peut être prise en compte à chaque stade d'une procédure de passation de marché public, à savoir :

- La définition de l'objet du marché
- Le choix des spécifications techniques
- La sélection des candidats
- L'attribution du marché
- Les conditions additionnelles
- L'exécution du contrat.

La première occasion pour les autorités publiques et les organismes d'intérêt public (OIP) de prendre en compte l'environnement se présente lors de la définition de l'objet du marché – que vais-je construire ou acheter. L'autorité publique ou l'OIP a la liberté de choisir un produit ou un service "vert" dans la

³<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1045&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

⁴ [OCDE, La performance environnementale des marchés publics - Vers des politiques cohérentes, 2003, 244 p ; OCDE, Marchés publics et environnement Problèmes et solutions pratiques, 2000 ; OCDE, La taille des marchés publics, 2002](#)

mesure où ce choix n'est pas discriminatoire et ne porte pas atteinte à la libre circulation des biens et services.

Il peut, par exemple, prescrire une méthode particulière de nettoyage d'un bâtiment ne faisant appel qu'à des produits respectant l'environnement. En ce qui concerne l'achat de fournitures, il peut réfléchir aux différentes façons de répondre à un besoin et choisir la solution la plus écologique. De même, pour les marchés de travaux, il peut commanditer la construction d'un bâtiment à faible consommation énergétique, qui utilise des matériaux spécifiques d'isolation, de l'énergie renouvelable (panneaux solaires,...), etc. Il peut également intervenir sur l'exécution globale des travaux en exigeant une consommation d'énergie et d'eau minimale ainsi qu'une bonne gestion des déchets. C'est lors de ce premier stade de la procédure de marché public que l'autorité publique ou l'OIP a le plus de liberté et de facilité à prendre en compte la protection de l'environnement.

Une fois l'objet du marché défini, le second stade consiste à spécifier les caractéristiques techniques de l'objet de façon à ce qu'il réponde à l'usage auquel il est destiné. Le choix de ces caractéristiques doit bien sûr respecter la législation en vigueur et ne pas réduire l'accès au marché ou mener à une discrimination. Néanmoins, dans le respect de ces conditions fondamentales, l'autorité publique ou l'OIP a la possibilité :

- d'exiger des performances environnementales au-delà de celles prévues par la législation ;
- de prescrire des matériaux de base à utiliser (matières recyclées, bois, ...);
- d'exiger l'utilisation d'un processus de production particulier sans pour autant que cela doive être visible dans le produit final (produits issus de l'agriculture biologique, bois issu d'une culture respectant l'environnement, électricité "verte", ...);
- d'utiliser les performances définies dans les labels écologiques;
- de faire l'usage de variantes c'est-à-dire de définir des exigences minimales et proposer une ou plusieurs variantes alternatives "plus ambitieuses" en matière de protection de l'environnement.

La prise en compte de considérations environnementales comme motif d'exclusion ou comme critère favorable peut également intervenir lors de la sélection des candidats. En effet, la condamnation pour délit environnemental peut être évoquée comme motif d'exclusion d'un candidat. En revanche, des candidats peuvent être sélectionnés sur base de leur aptitude technique à répondre à des exigences environnementales. Par exemple, si on estime qu'une expérience environnementale est nécessaire pour la construction d'une usine de traitement de déchets, le candidat disposant de cette expérience sera favorisé. De même, il est possible d'exiger des fournisseurs qu'ils participent à un système de management environnemental (EMAS, ISO 14001) dans la mesure où cela a un impact sur la qualité du service fourni. Par exemple, une société de nettoyage certifiée pourrait être favorisée si l'objet du marché est le nettoyage d'un bâtiment respectant l'environnement.

Une fois les candidats sélectionnés, les offres sont évaluées et le marché est attribué. L'attribution du marché se fait, selon les directives, soit au prix le plus bas, soit à l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire ayant un bon rapport qualité/prix. Pour déterminer si l'offre est économiquement avantageuse, il faut se baser sur des critères d'attribution permettant d'évaluer les qualités intrinsèques des offres. Ces critères doivent être objectifs, mesurables, et permettre

à l'autorité publique ou l'OIP d'évaluer l'avantage qu'elle retire de l'offre et, enfin, être connus à l'avance.

Des considérations environnementales peuvent servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse si elles offrent un avantage économique au produit ou service faisant l'objet de ce marché. L'autorité publique ou l'OIP peut, par exemple, prendre en compte les coûts engendrés par un produit durant son cycle de vie dans la mesure où il devra les supporter (ex: coûts de récupération, coûts liés à l'utilisation,...). En revanche, les coûts qui ne sont pas pris en charge par l'autorité publique ou l'OIP en tant qu'acheteur, ne peuvent pas être pris en compte. C'est le cas des coûts externes (pollution, nuisance sonore,...) qui sont généralement supportés par la "société" dans son ensemble. Pour prendre en compte ces derniers, il est recommandé d'introduire les aspects environnementaux liés à ces coûts dès les premiers stades de la procédure de marché public, c'est-à-dire lors de la détermination de l'objet du marché.

Des critères additionnels relatifs au respect de l'environnement, qui ne sont ni des critères de sélection, ni des critères d'attribution, peuvent être utilisés, de manière subsidiaire, dans le cas où deux offres seraient économiquement équivalentes. Ces critères doivent respecter le droit communautaire et être annoncés à l'avance.

Enfin, une fois le candidat sélectionné, l'autorité publique ou l'OIP aura aussi pu déterminer des clauses contractuelles relatives au mode d'exécution du marché. Elle dispose d'un large éventail de possibilités dans la mesure où elle n'entraîne pas de discrimination. Elle aura pu, par exemple, opter pour une livraison mensuelle de papier plutôt qu'une livraison "just in time" (en fonction des besoins), réduisant ainsi les nuisances environnementales liées au transport ou encore exiger la récupération de matériaux par le fournisseur, etc.

En conclusion, les opportunités offertes à l'autorité publique ou l'OIP pour prendre en compte la protection de l'environnement dans les marchés publics sont d'autant plus nombreuses qu'elles sont introduites dès les premiers stades de la procédure de passation des marchés.

Il existe déjà en Belgique une « Circulaire ministérielle sur les achats durables », lancée par le Secrétaire d'Etat Deleuze reprenant, pour l'achat de fournitures aux Services Publics Fédéraux et aux Services de Programmation, des critères environnementaux.

Cette circulaire est en ligne sur : www.guidedesachatsdurables.be. Cette circulaire est très intéressante car elle capitalise beaucoup de critères environnementaux adaptés à des centaines d'achats d'une administration.

Cette circulaire a été « complétée » depuis par la Circulaire P&O/DD/1 du 27 JANVIER 2005 sur la Mise en oeuvre de la politique de développement durable lors des marchés publics de fournitures lancés par des pouvoirs adjudicateurs de l'autorité fédérale qui appartiennent aux secteurs classiques MB du 02 avril 2005 qui suggère/impose d'utiliser les recommandations du guide des achats durables pour toute une série de produits. Le site Guide des achats durables va faire l'objet de modifications, mises à jour dans le cadre de l'action 17 du PFDD II.

La Commission européenne vient de publier un manuel (en Anglais, Français, Néerlandais) pour stimuler les achats « verts » des collectivités. Celui-ci est accessible sur le site http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_fr.pdf

Et la page portail de la Commission sur ce manuel :

http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/handbook_en.htm

2.1 Qu'en est-il d'un éventuel surcoût ?

Il n'est pas démontré que les marchés publics « verts » coûtent plus cher que les marchés publics classiques. Exemple : des peintures naturelles dans un bâtiment administratif ne représentent pas de surcoût puisque la part principale du prix concerne les salaires pour la prestation de peinture.

Il est aussi possible de proposer à un architecte de travailler à budget fermé tout en insérant des considérations environnementales. Ainsi donc, c'est la créativité et l'innovation du prestataire (ici l'architecte) qui prendra le pas en offrant des solutions écologiques et économiques. Cette solution a plusieurs références, même pour de gros chantiersⁱ.

Par exemple, dans le cas d'une construction, le surcoût avéré est celui qui concerne la partie énergétique. Une conception URE coûte plus cher au départ mais réduit notablement les charges ensuite. A cet égard, le recours aux aides publiques doit être systématiquement étudié. Un découplage budgétaire peut permettre d'investir plus au départ en diminuant les charges du bâtiment.

3 Marchés publics et aspects sociaux

La finalité essentielle des commandes publiques est d'approvisionner au mieux l'Etat en biens, services ou travaux. Cela n'empêche toutefois pas que des considérations sociales, telles que la promotion de l'emploi et la formation, peuvent s'ajouter aux objectifs d'efficacité et de rentabilité économique.

Cette idée n'est pas neuve. Par exemple, au sein de l'Union européenne, l'Italie (dès 1991) et la France (dès 1993) ont déjà pris conscience de la pertinence d'assortir les commandes publiques d'une finalité sociale et ont institutionnalisé cette pratique.

La clause sociale est une clause d'exécution visant à imposer à l'entreprise soit de former des personnes issues des groupes cibles durant la durée du chantier, soit d'engager des personnes issues des groupes cibles durant la durée du chantier en vue de leur offrir une expérience professionnelle. Concrètement, elle a pour objet de réserver un marché public à une entreprise d'économie sociale ou d'imposer à l'entreprise, pour la durée du marché, l'embauche de personnel supplémentaire qui présente la caractéristique d'être difficile à réinsérer. Un deuxième type de clause sociale consiste à imposer à l'entreprise, durant toute la durée du marché, la formation de stagiaire.

Des clauses sociales ont été mises en place, avec des résultats contrastés, dans les diverses régions.

Au niveau fédéral, une décision du Conseil des Ministres de novembre 2001 encourageait la mise en place de clauses sociales pour certains marchés passés par la Régie des Bâtiments. Cette décision n'a pas encore été mise en application. Un protocole d'accord a cependant été signé entre le Fédéral, les Régions et la Communauté germanophone afin de garantir la collaboration des organismes compétents de mise à l'emploi (Protocole du 18 juillet 2002 entre l'État fédéral et les Régions et la Communauté germanophone en matière de clauses sociales dans les marchés publics passés par un organisme fédéral – Moniteur belge du 3 octobre 2002). Cette commission d'encadrement permettra de garantir la mise en œuvre, le suivi et le contrôle des aspects sociaux : à ce jour, il semble qu'elle ne soit pas encore opérationnelle.

L'Etat fédéral s'est déjà engagé en ce sens en signant le 4 juillet 2000 un accord de coopération relatif à l'économie sociale avec les Régions et la Communauté

germanophone (loi du 26 juin 2001). L'article 13, §2 de l'accord précité prévoit que : « (...), les autorités fédérales s'engagent à examiner les possibilités légales relatives à l'introduction de clauses sociales dans les marchés publics et d'élaborer une proposition. »

Dés lors que les objectifs sociaux poursuivis sont l'emploi, la formation ou l'insertion par le travail, l'utilisation des marchés publics comme instrument de politique sociale peut se concevoir de deux façons différentes.

- Soit la mesure prise vise à favoriser des entreprises qui mènent des actions particulières en faveur de l'emploi.
- Soit la mesure bénéficie directement à un public cible défini qui est plus ou moins fragilisé sur le marché de l'emploi.

Ce type de mesures ne nécessite pas de modification de la législation applicable en Belgique en matière de marchés publics. Il est en effet possible, pour tout pouvoir adjudicateur, d'introduire une clause dans le contrat de marché public qui impose à l'adjudicataire de mener des actions en faveur de l'emploi. Ce type de clause est appelé clause sociale.

L'objet d'une clause sociale sera généralement :

- soit de prévoir l'embauche de stagiaires par l'entreprise adjudicataire : l'objectif visé est alors d'offrir une expérience professionnelle assurant un meilleur ancrage sur le marché du travail ;
- soit de prévoir une formation de stagiaires, l'entreprise adjudicataire devenant ainsi un opérateur de leur insertion professionnelle.

En Belgique, les Gouvernements régionaux ont déjà mis en œuvre des expériences similaires.

Voilà déjà dix ans, en 1996, que le Gouvernement wallon a lancé une phase expérimentale d'intégration d'une clause sociale dans les marchés publics de travaux. Les modalités de cette expérience ont été consacrées dans un accord du Gouvernement wallon du 3 juin 1999. L'objectif de cette clause sociale est de favoriser l'insertion professionnelle de jeunes (chômeurs, minimexés, demandeurs d'emploi) par le biais d'une formation au FOREM puis en entreprise (stage limité à la durée du marché) mais aussi de créer une réserve de recrutement déjà expérimentée pour les entreprises. Par ailleurs, la rédaction d'un modèle-type de clause sociale pour les marchés pilotes subventionnés facilite la tâche des pouvoirs adjudicateurs et assure une cohérence dans la mise en œuvre des chantiers à clause sociale en Région wallonne.

Un seul bémol, le FOREM ne dispose pas suffisamment de ressources pour informer les nombreux pouvoirs adjudicateurs de cette disposition, alors que l'objectif emploi recherché est encourageant : plus de 50 % des stagiaires insérés en entreprise sont *in fine* engagés.

Le Gouvernement bruxellois a également prévu, par le biais d'une circulaire du 2 avril 1998, l'insertion d'une clause sociale pour les marchés publics de travaux passés par l'Administration régionale et les pararégionaux bruxellois ainsi que par les communes pour les travaux subsidiés. Cette disposition pourtant obligatoire est peu praticable et engendre de fait des effets pervers induits, comme, par exemple, la mise au chômage technique d'ouvriers de sociétés de construction pour l'engagement de stagiaires ORBEM.

3.1 Réserver un marché public à une entreprise d'économie sociale

Le législateur permet également une autre possibilité qui intéresse particulièrement l'économie sociale : la priorité sociale. On retrouve ainsi à l'article 18bis, §2 de la Loi du 24 décembre 1993 la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de réserver la participation à une procédure de passation de marchés publics à des entreprises de travail adapté et à des entreprises d'économie sociale d'insertion. Il y a une condition cependant : que le marché ne soit pas soumis à des obligations résultant des directives européennes (le seuil d'application des directives européennes est actuellement de 5.278.000 € en travaux, alors qu'il est de 210.000 € en fournitures ou en services). Les entreprises d'économie sociale d'insertion dont il est question sont celles qui répondent à la définition donnée à l'article 59 de la Loi du 26 mars 1999⁵.

*La procédure de réservation de marché pour l'économie sociale est très simple. En effet, il s'agit de la même procédure qu'un marché public normal mais vous indiquez dans l'avis de marché, et dans le cahier de charges que, **conformément à l'art. 18 bis §2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, la participation à la procédure de passation du marché public est réservée aux entreprises d'économie sociale d'insertion telles que définies à l'art. 59 de la Loi du 26 mars 1999**. Il s'agit surtout des EFT, EI, Sociale werkplaatsen, ETA, beschutte werkplaatsen, ...) En d'autres termes, seules les entreprises d'économie sociale d'insertion pourront introduire une offre, seules les offres issues d'entreprises d'économie sociale d'insertion seront analysées.*

Pour la Wallonie, les Entreprises de Formation par le Travail (EFT), les Entreprises d'insertion (EI) et Entreprises de Travail Adapté (ETA) rentrent dans la catégorie de la loi du 26 mars 1999. Les OISP ne semblent en faire partie par contre.

Notons également que la nouvelle directive européenne en matière de marchés publics (Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services) étend également un principe de réservation de marché au sein de son article 22. Dans ce cas, la réservation de la procédure de passation de marchés publics est possible pour tous les marchés (pas de seuil minimal ou maximal prévu) au profit soit des ateliers sociaux (sociale

⁵ Loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses : Art. 59. Par économie sociale d'insertion, on entend : les initiatives dont l'objet social est l'insertion sociale et professionnelle de demandeurs d'emploi particulièrement difficiles à placer, par le biais d'une activité productrice de biens ou de services, et qui répondent aux conditions générales suivantes :

- après la phase de démarrage, le public visé doit être occupé ou en formation à concurrence d'au moins 50 % de l'effectif total;
- au moins 10 % du personnel d'encadrement du public visé doit être constitué de personnel apte à conduire et développer des programmes de formation et de guidance sociale;
- avoir adopté la forme juridique d'association sans but lucratif, de société coopérative, de société à finalité sociale ou d'autres formes juridiques à condition que les objectifs et finalités soient d'ordre social et collectif;
- ne pas avoir une majorité des membres des organes de gestion qui relèvent du secteur public;
- et être agréées par l'autorité compétente. »

Pour l'application de l'alinéa précédent, on entend par demandeurs d'emploi particulièrement difficiles à placer : les demandeurs d'emploi qui, au moment de leur engagement ou du début de leur stage de formation, sont soit handicapés soit inoccupés depuis au moins douze mois, ont obtenu au plus un certificat de l'enseignement secondaire inférieur ou équivalent et éprouvent des difficultés sociales.

werkplaatsen en néerlandais) ou « *dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées* ».

Les entreprises d'économie sociale qui veulent soumissionner pour des marchés de travaux doivent au préalable obtenir un agrément, selon le volume des travaux et les volumes financiers en jeu. Le plus souvent, ces entreprises se limitent à la classe 1 ou à la classe 2.

Il faudra aussi étendre quelque peu les délais de réalisation des chantiers afin de permettre au processus d'insertion et de formation de prendre place sur le chantier. Les échos de ce type de marché sont très enthousiasmants puisque les stagiaires sont encadrés par de très bons formateurs qui pratiquent dans les règles de l'art. Le pouvoir adjudicataire est ainsi sûr de voir aboutir ses réalisations avec une maîtrise technique importante.

Gageons que pour l'avenir les entreprises d'économie sociale capitaliseront tous les agréments marchés publics nécessaires à leur soumission et évolueront vers des catégories de marché plus importantes. Gageons aussi que de nombreux pouvoirs adjudicateurs appliqueront cette disposition très simple et très utile pour les entreprises d'économie sociale. Leur part de marché pourrait ainsi significativement croître tout en restant, en pourcentage de l'économie assez marginale.

3.2 Introduire des clauses sociales de formation dans les marchés publics

3.2.1 Clause sociale d'exécution relative à la formation en Wallonie

Ce chapitre vise à expliquer aux maîtres d'ouvrage souhaitant adhérer à la clause sociale, les modalités pratiques de participation à ce programme. Ils peuvent également obtenir des renseignements plus détaillés en commandant la farde publiée à leur intention auprès de FOREM FORMATION (M.Mikelic) dont les coordonnées complètes sont présentées plus loin.

La procédure

Le maître d'ouvrage qui décide d'intégrer la clause sociale-type dans le futur marché commence bien sûr par annoncer sa décision, le cas échéant, dans son avis de marché. Il annexe également la clause à son cahier des charges. Le maître d'ouvrage prend également contact avec le Siège central du FOREM.

Les services de formation déterminent le nombre de candidats pouvant raisonnablement s'intégrer dans le déroulement des travaux. Les données prises en compte sont :

- l'importance et le fractionnement des lots;
- le montant estimé des lots;
- la nature des travaux;
- les conditions de travail.

Le maître d'ouvrage intègre cette donnée dans l'annexe de son cahier spécial des charges et lance la procédure d'attribution du marché. En parallèle débute la formation des stagiaires en centre de formation professionnelle.

Le(s) tuteur(s) désigné(s) au sein de l'entreprise suit (suivent) une demi-journée de formation au FOREM. L'entreprise peut décider de lui (leur) assurer, en outre, une véritable formation pédagogique de quatre jours. Le(s) tuteur(s) désigné(s) au sein

de l'entreprise détermine(nt) avec les services de la formation le programme de formation des stagiaires.

Les normes ISO 9001 régissant les formations du FOREM y sont d'application : cohérence du programme, planification des présences des stagiaires sur le chantier, établissement d'un contrat pédagogique pour chaque candidat, détermination du comité de suivi qui veillera au bon déroulement des formations et en fera rapport. Une convention officialise les droits et devoirs de chacun (entrepreneur, maître d'ouvrage, stagiaire, FOREM).

Les formations des stagiaires sur chantier débutent. Si elles sont suspendues temporairement (intempéries, retards,...), les stagiaires retournent au centre de formation ou sont affectés à un autre chantier à clause sociale pendant cette interruption.

Les évaluations de fin de stage se font avec le stagiaire, le tuteur, le maître d'ouvrage et le FOREM afin de bien analyser le déroulement du stage (points faibles et points forts), de mesurer l'évolution des compétences techniques et professionnelles du stagiaire et de faire le point sur les lacunes éventuelles à combler. Elles comportent aussi toutes les suggestions susceptibles d'améliorer le système et de favoriser le processus d'insertion des stagiaires.

Le maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage peut décider d'insérer la clause sociale-type dans un marché de travaux ou de services répondant aux critères ci-après. D'une manière générale, la durée d'exécution du chantier devra être de 20 jours ouvrables minimum.

Seront éligibles les marchés de travaux suivants :

- tout marché de travaux de bâtiment d'un montant supérieur ou égal à 496.000 € pour autant qu'il inclue des travaux de gros œuvre ouvert pour un montant supérieur ou égal à 248.000 € et/ou de parachèvement pour un montant supérieur ou égal à 74.400 €;
- tout marché de travaux de génie civil d'un montant supérieur ou égal à 248.000 €.

Seront éligibles les marchés de services correspondant aux catégories suivantes :

- catégorie 1 : services d'entretien et de réparation;
- catégorie 14 : services de nettoyage de bâtiments et de gestion de propriété;
- catégorie 16 : services de voirie et d'enlèvement d'ordures, services d'assainissement et services analogues;
- catégorie 27 : autres services.

Des critères adaptés à ces marchés de services seront définis en fonction de l'expérimentation d'intégration de clauses sociales dans lesdits marchés. En ce qui concerne la mise en œuvre pratique de la mesure, le maître d'ouvrage s'engage à :

- informer le FOREM (Siège Central) de l'existence d'un projet de chantier à clause sociale;
- mettre à disposition du FOREM (Siège Central) le projet de cahier des charges, le métré descriptif et le devis estimatif afin de permettre à l'Office de déterminer, d'un point de vue pédagogique et pratique, le nombre de stagiaires susceptibles de participer aux travaux;

- intégrer, le cas échéant, une mention annonçant la clause sociale dans son avis de marché et annexer le texte de la clause sociale à son cahier spécial des charges; un exemplaire de la convention-cadre de stage et d'évaluation sera également joint au cahier spécial des charges pour information (modèle-type sur la disquette et sur le site ...);
- mettre en relation le FOREM local (voir adresses utiles dans la fiche FOREM) avec l'entreprise adjudicataire dès que cette dernière est déterminée et organiser la première réunion de concertation dès notification du marché;
- participer aux réunions du comité de suivi;
- enrichir de remarques et commentaires la réunion d'évaluation clôturant la formation.

L'entreprise

Ce qui incombe à l'entrepreneur intéressé par ces marchés publics est détaillé sous le titre OBLIGATIONS DE L'ENTREPRISE ADJUDICATAIRE (au point 4 de la convention de stage à joindre au cahier spécial des charges). Il s'agit essentiellement d'accueillir un stagiaire et de l'encadrer durant son stage pour lui permettre de s'insérer dans une équipe de travail, de mettre en pratique des compétences acquises en formation et d'acquérir de nouvelles compétences tant techniques que professionnelles.

L'objectif poursuivi par la Confédération Construction Wallonne, qui représente le secteur en Région wallonne, est de favoriser l'emploi et la formation dans le secteur de la construction, et l'insertion de demandeurs d'emploi grâce à des stages en entreprise. Si ce dispositif volontariste s'avère concluant, et si le niveau d'activité de l'entreprise le permet, les besoins en matière emploi seront rencontrés.

Dans l'accord quadripartite sur la formation professionnelle du 22 mars 2002, le rôle de la CCW, avec l'aide de la Région wallonne, a consisté à informer les entreprises de l'accord des partenaires sociaux sur la formation des travailleurs, mais aussi et surtout sur la possibilité donnée à des jeunes d'acquérir une formation là où elle est la plus profitable pour les deux parties, c'est-à-dire au sein de l'entreprise même, et tout cela, à des conditions financièrement intéressantes. Beaucoup d'entrepreneurs estimaient toutefois qu'il fallait aller plus loin. Les marchés à clause sociale peuvent être considérés comme une étape supplémentaire.

A la suite du stage, des aides sectorielles ou régionales réduisent le coût de l'emploi et de la formation complémentaire pour l'entreprise qui souhaite engager ces stagiaires : les entreprises intéressées par ces aides ont intérêt à prendre contact au plus vite avec les services de la CCW. Les sites Economie et Emploi de la Région wallonne peuvent également être consultés.

Si on ajoute que seule une intervention minimale est demandée à l'entreprise pour la prime de formation du stagiaire et qu'il n'y a pas d'obligation d'embauche à l'issue du stage, l'entrepreneur dispose vraiment d'un moyen de tester sur chantier non seulement les capacités, mais également la motivation, l'esprit d'initiative et la faculté d'intégration d'un stagiaire déjà formé durant 3 mois, comme il est précisé

au point 1.2 de l'annexe déjà citée. L'entrepreneur pourra donc, s'il le souhaite, engager les candidats les plus aptes à participer à la progression de son entreprise⁶.

3.2.2 Clause sociale d'exécution relative à l'embauche à Bruxelles

En RBC, c'est l'arrêté du 22 avril 1999 (Moniteur belge du 9 septembre 1999.)
« Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public »

L'arrêté stipule que « Toute demande d'accord de principe d'octroi de subsides, visée à l'article 22, § 1^{er}, alinéa 5, 2^o, de l'ordonnance du 16 juillet 1998 relative à l'octroi de subsides destinés à encourager la réalisation d'investissements d'intérêt public, relative à un marché de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur à 818 000 €, hors taxe sur la valeur ajoutée et dont la durée prévue des travaux est d'au moins soixante jours ouvrables, n'est recevable que si le marché de travaux comporte une clause imposant aux soumissionnaires d'engager des demandeurs d'emploi inscrits auprès de l'Office régional bruxellois pour l'emploi. »

⁶ Pour tout renseignement complémentaire : Mme Bergeret, Confédération Construction Wallonne (CCW), Rue du Lombard 34-42, 1000 BRUXELLES Tél : 02/545.57.38, Fax 02/545.59.05

Le FOREM se charge de :

- déterminer le nombre de stagiaires selon la nature et l'importance des travaux et de définir le profil des stagiaires dans l'entreprise;
- informer l'entreprise adjudicataire;
- sélectionner et assurer la formation préalable (60 jours ouvrables) des stagiaires;
- définir le parcours et les contenus de formation;
- assurer le suivi périodique de chaque stagiaire sur les plans administratif et pédagogique;
- élaborer les conventions et le suivi administratif, de même que toutes les démarches administratives inhérentes au stage;
- assurer le préfinancement de la prime de formation des stagiaires en entreprise, charges, protections sociales et assurances comprise, selon la réglementation fixée en la matière par la Région Wallonne. en ce qui concerne l'application du contrat F70CS ou assimilé, ainsi que la fourniture des vêtements de travail et de l'outillage selon les prescriptions réglementaires en vigueur dans les secteurs;
- facturer à l'entreprise, à l'issue de la formation, la partie de la prime de formation que celle-ci prend en charge au prorata des heures prestées sur chantier par le stagiaire;
- planifier les réunions des comités de suivi, rédiger et diffuser les rapports de ces réunions;
- assurer la formation pédagogique éventuelle des tuteurs.

En cas de difficulté majeure résultant du comportement d'un stagiaire en entreprise et du non-respect par celui-ci du règlement de travail, en cas d'incompatibilité manifeste entre les conditions de travail sur le chantier et ce qui doit permettre une bonne intégration d'un stagiaire en entreprise ou encore, si le stagiaire trouve un emploi en cours de formation et met fin prématurément à son contrat de stage, le FOREM veille, dans la mesure du possible, à proposer à l'entreprise adjudicataire, un autre stagiaire, dans les mêmes conditions que celles prévues préalablement.

Le FOREM dispose d'une banque de données relative aux stagiaires toujours demandeurs d'emploi ayant participé aux chantiers à " clause sociale ". Cette source d'informations est accessible via les services emploi du FOREM.

Pour tout renseignement complémentaire : FOREM FORMATION M. Mikelic Boulevard Tirou 104 6000 CHARLEROI Tél : 071/20.65.65 GSM : 0478/57.94.12 Fax : 071/20.65.99 Courriel : olivier.mikelic@forem.be.

Bruxelles est donc déjà soumise à des clauses sociales dès qu'il y a demande de subsides. Il ne semble pas utile d'aller au-delà actuellement, il serait par contre utile de rendre le système plus opérationnel et de le réformer pour éviter les effets pervers et vérifier son application concrète⁷.

3.2.3 Clause sociale d'exécution relative au respect des 8 conventions de base de l'OIT :

Les 8 conventions de base de l'OIT, nommément reprises comme critères dans une récente loi belge sur le label social, constituent la base des critères sociaux de l'actuelle circulaire Guide des Achats Durables. Elles offrent le cadre de référence incontournable pour garantir les bases d'une responsabilité sociale.

Ces normes⁸ sont au nombre de huit et consacrent :

- la liberté d'association C. n°87
- la liberté de négociation C. n°98
- l'interdiction du travail forcé C. n°29 et 105
- l'égalité de traitement et la non-discrimination C. n°100 et 111
- l'élimination progressive du travail des enfants C. n°138
- l'interdiction des pires formes de ce travail C. n°182

La déclaration de l'OIT de juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail déclare ces principes applicables à l'ensemble des Etats-membres, qu'ils aient ou non ratifié les conventions de base. Quant aux entreprises, il leur appartient également de veiller à ce que leurs activités ne conduisent en aucun cas à enfreindre ces principes.

La voie choisie consiste à proposer aux fournisseurs des administrations et d'OIP de déclarer sur l'honneur que leurs produits peuvent être qualifiés de respectueux de ces huit normes.

La clause type d'exécution du marché à insérer dans le cahier des charges est rédigée comme suit :

« En outre, en ce qui concerne les critères éthiques, les soumissionnaires s'engagent par la signature de leur offre, à respecter les 8 conventions de base de l'OIT, à moins que leurs produits aient obtenu le label social belge ou équivalent. L'absence d'engagement à ce sujet ou le non-respect de cet engagement lors de l'exécution du marché constitue une cause d'exclusion du marché considéré. »

De plus, en cas de fausse déclaration, le soumissionnaire pourra se voir exclure de la participation à certains ou à tous les marchés publics lancés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux belges; cette exclusion ainsi que sa portée et sa durée seront prononcées par le Ministre ou par l'autorité compétente pour le marché considéré et feront l'objet d'une décision motivée, la personne incriminée ayant été entendue.

Ainsi, dans la rubrique « critères d'exécution » de votre cahier de charge, vous devez mentionner que « les soumissionnaires s'engagent, par la signature de leur offre, ... » Vous pourriez également insister en **demandant que le soumissionnaire vous remette une déclaration sur l'honneur ou tout autre élément justifiant son engagement.**

⁷ Les personnes-contacts de l'Orbem : P. Moïny (pmoiny@orbem.be).

⁸ http://mineco.fgov.be/redir_new.asp?loc=/protection_consumer/social_label/social_label_fr_002.htm

Les deux principaux dispositifs de clauses sociales (la réservation de marché et la clause de formation/embauche) sont très complémentaires. La clause de réservation touche essentiellement des petits marchés tandis que la clause de formation/embauche touche seulement des plus gros marchés (en budget et en temps). Une entreprise d'économie sociale n'a pas pour but de grandir et d'engager des travailleurs performants à long terme, aussi il n'y a pas à craindre de concurrence déloyale entre le privé marchand et le non marchand.

3.2.4 Exemple de clause sociale mixte économie sociale – insertion FOREM/ORBEM

L'adjudicataire laisse alors le choix entre **soit** une exécution de la formation par le soumissionnaire (via le dispositif « Clauses sociales dans les marchés publics ») ou **soit** l'exécution de la formation via la « sous-traitance » par le soumissionnaire d'une partie du marché à des EFT, EI.

Ce dispositif est également très souple car, dans les faits, il est simple pour une entreprise de construction de sous traiter 5 % par exemple d'un marché à une EFT, qui elle-même a la charge et les compétences pour former et participer à l'insertion dans les parcours d'emploi.

Via ce mécanisme, le pouvoir adjudicataire évitera la difficulté d'affecter un marché à l'économie sociale tout en assurant dans les faits la concurrence : certes, le but n'est pas de l'éviter, mais à l'heure actuelle, il peut être difficile de recevoir par exemple trois offres d'EFT ou d'EI pour un chantier de construction étant donné le peu d'EFT ou d'EI qui soumissionnent et suivent les commandes publiques.

Exemple de clause d'exécution à mettre dans le cahier des charges :

Clause sociale :

Conformément à l'article 18 bis § 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

L'entreprise adjudicatrice doit, au cours de l'exécution du présent marché, mettre en œuvre des actions de formation et d'insertion socio-professionnelle pour les chômeurs ou pour les jeunes :

- *Soit en assurant sur le chantier la formation de ... stagiaires en entreprise au métier de...*

Les stagiaires :

- *Doivent être chômeurs complets indemnisés, bénéficiaires du minimum de moyen d'existence ou demandeurs d'emploi libres ;*
- *Doivent être âgés d'au moins 18 ans*
- *Ne doivent pas disposer d'une expérience professionnelle comptabilisant plus de 150 heures de travail dans les 12 derniers mois.*
- *Soit en sous-traitant x % du montant total hors TVA du marché avec des entreprises d'économie sociale d'insertion. Un engagement d'une (ou plusieurs) entreprise d'économie sociale dans laquelle cette dernière s'engage à exécuter en sous-traitance pour le compte du soumissionnaire x % du montant total hors TVA du présent marché doit alors être joint à l'offre.*

Les documents démontrant qu'il satisfait à cette condition sont produits dans les trente jours qui suivent la notification de la décision d'attribution.

Sanction :

En cas de violation de cette clause sans justification admise ou fournie dans les délais requis, le pouvoir adjudicateur peut réclamer à l'entreprise adjudicatrice:

- *une pénalité de 5 % du montant initial du marché.*
- *et le cas échéant, la différence entre le montant du subside régional auquel le pouvoir adjudicateur aurait eu droit si la clause sociale avait été respectée et le montant du subside régional qui lui sera effectivement octroyée.*

3.3 Clauses éthiques et achats équitables

La notion de commerce équitable s'est progressivement précisée dans les pays occidentaux depuis près de 40 ans au terme d'un processus qui a permis de prendre conscience du fait que les fruits de la croissance des échanges et du commerce ne sont pas nécessairement partagés de manière équitable par tous les pays ni par toutes les couches de la population⁹. Cette notion relève donc du concept du développement durable, recouvrant les aspects sociaux, environnementaux et éthiques dans l'intérêt des producteurs du Sud défavorisés. Une de ces caractéristiques réside dans son caractère commercial : il s'agit d'une approche qui repose sur la collaboration volontaire d'acteurs économiques classiques opérant dans une économie de marché. Dans ce chapitre, nous rappellerons dans un premier temps ce qu'est le commerce équitable et analyserons ensuite comment les dernières directives 2004/17 et 2004/18 permettent de promouvoir ce commerce équitable.

3.3.1 Le commerce équitable

Le commerce équitable est un partenariat commercial juste, basé sur le dialogue, la transparence et le respect, qui vise plus d'équité dans le commerce international. Il contribue au développement durable en proposant les meilleures conditions commerciales et en garantissant le respect des droits des producteurs marginalisés/défavorisés et travailleurs, principalement dans les pays du Sud.

Les organisations du commerce équitable, soutenues par les consommateurs, s'engagent activement à soutenir les producteurs à sensibiliser le public et à se mobiliser pour des échanges dans les règles de la pratique du commerce international conventionnel. A ce stage, il existe en Europe 4 réseaux d'organisation de commerce équitable réunis sous la bannière FINE, la Fair Trade Labelling Organisation – FLO – International, la Fédération internationale du commerce alternatif (dit IFAT), du réseau des magasins du Monde (NEWS!) et de l'Association européenne du Commerce équitable (EFTA).

En Belgique, il existe de nombreuses associations sans but lucratif qui composent le secteur du commerce équitable dont Miel Maya Honing, Fair Trade Organisatie, Oxfam Magasins du Monde, Oxfam Wereldwinkels et Max Havelaar.

Max Havelaar est l'unique organisation de labellisation présente en Belgique, est membre de FLO (basé en Allemagne), qui réunit depuis 1997 les 20 organisations nationales de labellisation. FLO, asbl de droit allemand, élabore les critères internationaux de commerce équitable pour chaque produit. La coordination et la surveillance du respect des critères par les commerçants et les producteurs sont assurées par FLO-CERT, organisation sœur et indépendante de FLO.

3.3.2 Les Directives 2004/17 et 2004/18 et le commerce équitable

La promotion du commerce équitable peut prendre différentes formes et intervenir tout au long du processus de passation des marchés publics : définition de l'objet du marché, les spécifications techniques et des conditions de marché, les règles de sélection de l'entreprise (clause d'exclusion ou critères de sélection), les règles de choix de l'offre la plus intéressante (critères d'attribution) et enfin la technique de réservation des marchés (voir ci-dessus).

⁹ Communication de la Commission sur le commerce équitable, Commission des Communautés européennes, COM (1999) 619 final.

A - Objet du marché – Spécifications techniques

Les pouvoirs adjudicateurs définissent librement l'objet du marché public et en ce qui concerne la formulation de caractéristiques, renvoient parfois la notion de spécifications techniques, qui doivent être accessibles ou communiquées aux opérateurs économiques et peuvent également être établies en terme de performances ou exigences fonctionnelles.

En cas de référence à une norme européenne, ou en son absence, à une norme nationale, des offres basées sur d'autres solutions équivalentes répondant aux besoins des entités adjudicatrices devraient être prises en considération par des entités adjudicatrices. Les soumissionnaires doivent pouvoir démontrer cette équivalence par tout moyen de preuve et les pouvoirs adjudicateurs motiver la non équivalence.

A ce jour, le commerce équitable n'est pas repris dans une norme légale et, rien n'interdit au consommateur public qui veut s'approvisionner de produits équitables d'indiquer dans l'objet du marché (café, thé, ...) que les fournitures doivent être «*produites dans des conditions respectant les critères internationaux de commerce équitable*».

Par analogie au label environnemental qui est explicitement autorisé par les directives précitées, une référence au label Max Havelaar par exemple est concevable pour autant que le pouvoir adjudicateur autorise un label équivalent.

B - L'attribution

Les critères d'attribution doivent permettre une évaluation objective des offres. Ils peuvent être économiques ou qualitatifs, mais doivent impérativement être relatifs à l'objet du marché. Dans ces limites, ils peuvent avoir trait à la satisfaction d'exigences environnementales, d'exigences sociales pour autant que celles-ci répondent à des besoins du pouvoir adjudicateur définis dans les spécifications techniques.

Il n'existe aucune contradiction entre ces règles et la promotion du commerce équitable et il existe plusieurs manières de combiner ces règles avec la promotion de celui-ci. Par exemple, si le pouvoir adjudicateur a précisé dans l'objet du marché les spécifications relatives aux produits que ceux-ci devaient respecter un certain label (ou son équivalent), le choix final du produit peut être réalisé sur base du prix.

Si le pouvoir adjudicateur n'a pas exigé le label dans la description de l'objet, il peut acheter le café par exemple et prévoir des critères multiples avec une pondération : le prix, le respect des exigences du commerce équitable (à établir avec un label ou tout système équivalent), qualité.

Ces critères doivent bien entendu être en lien avec l'objet du marché.

C - Conditions d'exécution du marché

Les conditions particulières relatives à l'exécution du marché peuvent notamment viser les considérations sociales et environnementales, pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et indiquées dans l'avis de marché.

A titre d'exemple, la Questure de la Chambre des Représentants et le Ministère de la Région wallonne ont déjà lancé d'importants marchés publics de fournitures de cafés faisant référence au label Max Havelaar¹⁰.

4 Principaux obstacles aux marchés publics « durables »

Même si l'outil « marché public » est un levier de développement durable, il n'en reste pas moins complexe à actionner compte tenu de nombreux facteurs.

Premièrement, le nombre de pouvoirs adjudicateurs est grand. Citons presque 600 communes et CPAS en Belgique, des milliers d'Asbl para communales, les provinces, les Régions, Communautés, les Parastataux, l'Etat, les centaines d'intercommunales ... Bref, il y a plusieurs milliers d'adjudicateurs qui ont chacun leurs habitudes et leurs pratiques. Rappelons à ce sujet que le champ d'action des deux directives de 2004 élargit encore à de nouveaux opérateurs l'obligation de recourir aux procédures de passations de marchés.

Il y a donc, compte tenu du nombre important d'opérateurs, un grand besoin de formation pour partager les bonnes pratiques existantes, maîtriser les nouvelles possibilités de prendre le développement durable en considération et apprendre également à connaître et à rédiger les clauses adéquates.

Deuxièmement, la pratique des marchés publics requiert une certaine maîtrise de la législation. Cette législation est assez complexe, mise à jour régulièrement et la jurisprudence complexe. Elle est principalement confiée à des fonctionnaires techniques spécialisés au sein des pouvoirs adjudicataires. Implémenter des orientations environnementales et sociales complémentaires requiert donc un vaste travail de formation et d'information, qui n'est pas seulement de nature juridique. Ceci requiert de croiser des compétences techniques, juridiques et économiques. La Commission européenne a relancé la machine en 2005.

Plusieurs formations ont été organisées depuis 2004 par Bruxelles-Environnement, la SAW-B, la Région Wallonne, etopia, ... rassemblant ci et là au total deux cents fonctionnaires. Pour la plupart, ces formations rassemblent des fonctionnaires des services environnementaux qui ont très peu la pratique concrète de rédaction des cahiers des charges. Il s'agirait dans le futur de conscientiser les administrateurs d'opérateurs et politiques et surtout la majorité des fonctionnaires qui ont, aujourd'hui, la maîtrise de cette pratique.

Troisièmement, tout ce processus de formation nécessite un fonctionnement par itération, qui permettra d'implémenter petit à petit les clauses les plus adéquates dans les cahiers des charges concernés. Il ne s'agit pas de pousser à toute forme d'excès en bombardant les cahiers des charges existants de clauses impraticables pour les soumissionnaires. Ici, toute excès est dommageable : soit les appels d'offres ne trouveront pas réponse, soit ils trouveront offre à des prix édifians.

Cette pratique itérative prendra du temps étant donné que la temporalité des gros marchés est longue : une évaluation *ex post* sera souvent la bienvenue.

Quatrièmement, actuellement, de nombreux petits marchés sont déjà durables. Citons le papier recyclé, le café bio, ... Ces petites initiatives sont souvent marginales, à tout le moins en termes de budget. Il s'agit dès à présent d'orienter également les gros marchés publics vers une meilleure prise en compte des aspects sociaux et environnementaux. Citons les chantiers de l'immobilier et

10 Plus d'infos sur les produits disponibles, les critères, les distributeurs auprès du Fair Trade Center, Samuel Poos, www.fairtradecentre.be, CTB/BTC, Rue Haute - Hoogstraat 147, 1000 Bruxelles – Brussel, 02/505 37 74 - 0473/734 984, samuel.poos@btccctb.org

d'aménagement de voies de communication (voiries, ronds points, ...), citons les gros marchés de fournitures et de services. Nombre de marchés ont un caractère récurrent et sont passés annuellement, cette catégorie de marchés est à privilégier pour leur mise au vert : une fois que le cahier des charges aura pris en compte la durabilité, il suffira de l'adapter administrativement chaque année, mais la description de la nature du marché restera pratiquement inchangée.

Cinquièmement, la pratique des marchés publics durables nécessite un travail transdisciplinaire, de décloisonnement, tant humain que budgétaire. Pour de nombreux marchés, les articles budgétaires liés à l'acquisition d'un bien ou d'un service seront différents de ceux qui concernent sa maintenance. Dans bon nombre d'opérateurs publics, le cloisonnement budgétaire excessif, la lourdeur des processus de modification budgétaire et le raisonnement « court terme » des politiques limitent notablement l'inscription de perspectives de durabilité dans les passations de marché. Combien de conceptions de bâtiments administratifs construits pour l'Etat ont-ils intégré une analyse sur 20 ans des coûts en énergie ?

Il s'agira impérativement d'intégrer progressivement le concept de *life cycle cost* et de *life cycle analysis*, afin de prendre en compte les impacts et coûts engendrés par les marchés de services, de fournitures ou de travaux sur toute sa période de vie. Pratique actuellement encore marginale, elle sera dans les années qui suivent de plus en plus utilisée étant donné la tendance au « leasing ».

Sixièmement, pour chaque marché durable, il s'agira toujours pour le pouvoir adjudicataire de savoir si les conditions demandées sont réalistes et si le marché peut y répondre tout en assurant la concurrence. Il s'agira donc aussi de connaître les meilleures pratiques existantes dans les domaines concernés. Bien que les filières économiques « durables » semblent se structurer (cluster éco-construction, bioforum, edora, saw-b, ressources asbl ...), un travail plus conséquent doit être mis en œuvre par ces organismes pour lobbyer les politiques, recenser les appels d'offres « durables » et inviter leurs membres à se fédérer pour y répondre. Ces fédérations ont un travail important à développer car le chiffre d'affaires de leurs membres pourrait à court terme augmenter de façon significative si les pouvoirs publics transforment leurs pratiques d'achats.

5 Perspectives

Bref, les perspectives sont immenses et la tâche est vaste. La jurisprudence évoluera encore, mais dès aujourd'hui, avec les garanties juridiques des deux dernières directives de 2004, un travail immense peut dès à présent s'opérer dans les cahiers des charges. L'Etat fédéral est en tête de peloton grâce à l'ardeur du service fédéral de programmation en matière de développement durable. Le reste est à la traîne, surtout au regard de nos voisins européens.

Des pays d'Europe ont pu profiler des pans de leur économie en haut du peloton de l'innovation grâce à la dynamique d'achats publics durables. La Belgique, qui a précédé le législateur européen, est globalement à la traîne en matière d'applications concrètes sur le terrain. Et le découpage administratif entre les différentes entités de l'Etat n'arrange rien au processus : de très bonnes circulaires fédérales ne sont pas d'application dans les Régions alors que le travail de rédaction de clauses et d'analyses du marché est publié.

Espérons enfin que des évaluations scientifiques et comptables seront opérées et illustreront la réelle plus value en matière de gouvernance à long terme apportée par les marchés publics « durables » et amplifieront la synergie des politiques environnementale, sociale, économique et Nord/Sud.

6 Bibliographie

- OCDE, La performance environnementale des marchés publics - Vers des politiques cohérentes, 2003
 - COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION, sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, Bruxelles, le 4.7.2001COM(2001) 274 final
 - Acheter vert !, Un manuel sur les marchés publics écologiques, Commission européenne ou son frère en anglais : COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES Brussels, 18.8.2004 SEC(2004) 1050 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Buying green! A handbook on environmental public procurement
 - Site du bulletin des adjudications
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_bul/bul.pl
 - www.guidedesachatsdurables.be et les diverses circulaires en ligne
 - La protection de l'environnement via les marchés publics : Une contribution active au développement durable ! Sophie Van den Berghe
 - http://www.uvcw.be/cadredevie/matieres/environnement/vandenberghemarches_publics.htm
 - Site web de Bruxelles Environnement : www.bruxellesenvironnement.be ou www.ibgebim.be
 - Mémento des marchés publics, Editions Kluwer, 2004-2005.
 - www.marchespublics.be
 - <http://mrw.wallonie.be/sg/dsg/diis/act-clau-Maitr.htm> (clauses sociales types en RW)
-