

### **1. Introduction**

L'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics adoptée sur base d'une proposition parlementaire est en vigueur depuis presque deux ans, mais son application pratique est un échec : elle paraît ne pas être appliquée et, de surcroît, pose des problèmes de coordination avec les dispositifs d'insertion de clauses sociales déjà opérationnels (par exemple, pour les marchés de travaux des pouvoirs locaux subsidiés par l'un ou l'autre département de la région).

L'ordonnance relative « aux clauses sociales » soulève de très nombreuses objections qui ont pour la plupart déjà été émises par la section législation du Conseil d'Etat lors de sa remise d'avis sur la proposition d'ordonnance. De plus, les experts de terrain (BPL, Bruxelles Mobilité, communes...) mettent également en doute son applicabilité. Sont notamment pointés du doigt, la faculté laissée aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir ou non des clauses sociales, les seuils et les durées d'exécution particulièrement bas et sans rapport avec la pratique, la liberté laissée aux soumissionnaires de choisir le type de clause sociale ainsi que toute une série d'erreurs techniques ou légistiques.

### **2. Réflexion**

Le Ministre de l'Economie et de l'Emploi est, selon la stratégie 2025 Axe II, Chapitre 8, est chargé d'« encourager et généraliser l'utilisation des clauses sociales et de formations dans les marchés publics ».

Toutefois, vu le constats précités, une modification de l'ordonnance semble inévitable afin de la rendre opérationnelle et de lui donner une exécution à la hauteur des ambitions de ses auteurs.

Pour aboutir à un texte pratique et utilisable par les pouvoirs adjudicateurs tout en permettant l'insertion ou la réinsertion de publics-cibles sur le marché du travail, la présente note propose d'acter une série de principes en vue de la prochaine modification de cette ordonnance.

#### **- Nouvelle ordonnance sur l'inclusion de clauses sociales**

On peut se poser la question de savoir s'il est plus judicieux de réviser l'ordonnance actuelle ou de rédiger une nouvelle ordonnance. Il semble opportun de prévoir la rédaction d'une nouvelle ordonnance ainsi qu'une abrogation pure et simple de l'ancienne. En effet :

- La plupart des articles du texte doivent être amendés ou supprimés,
- Les nouvelles directives européennes et la nouvelle loi fédérale en matière de marchés publics, actuellement à l'étude à la Chambre, imposent de s'insérer dans un nouveau cadre législatif,
- Cela permettra d'étendre le champ des clauses sociales pouvant être prises en compte avec notamment une attention sur les marchés réservés aux entreprises de travail adapté, aux entreprises d'insertion...

#### **- Ordonnance « tronc commun »**

Il existe actuellement l'ordonnance précitée sur l'inclusion des clauses sociales dans les marchés publics, mais d'autres ordonnances, notamment l'ordonnance du 16 juillet 1998 relative à l'octroi de subsides destinés à encourager la réalisation d'investissements d'intérêt public, prévoient également l'obligation pour les pouvoirs subsidiés d'insérer des clauses sociales dans leurs marchés.

Dans cette optique, la nouvelle ordonnance devrait être destinée à être le tronc commun des clauses sociales pour les marchés publics subsidiés en Région de Bruxelles-Capitale et pour les pouvoirs adjudicateurs qui dépendent hiérarchiquement de la Région (notamment le SPRB).

La nouvelle ordonnance aura ainsi une vocation générale et supplétive, permettant aux autres textes d'y faire référence tout en leur permettant de la supplanter par le biais de règles spécifiques si l'autorité subsidiaire l'estime nécessaire à la réalisation de ses propres objectifs.

- **Obligation d'insertion de clauses sociales avec seuils révisés à la hausse**

La nouvelle ordonnance imposera aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des clauses sociales, tout en révisant les seuils afin d'assurer une applicabilité de celles-ci.

Plusieurs points devraient être mis en œuvre afin d'assurer le respect et l'exécution de ces clauses sociales :

- **Extension dans le choix des clauses sociales**, notamment via la réservation de marchés ;
- **Augmentation substantielle des seuils** à partir desquels les clauses sociales seraient imposées. Dans cette optique, pour les marchés de travaux, le seuil de 750.000 € HTVA de montant estimé du marché et une durée minimale de 60 jours semblent adéquats. Pour les marchés de services et de fournitures, on pourrait prévoir des seuils différents en fonction du type de clause sociale à mettre en œuvre. Ainsi un seuil plus bas devrait être prévu dans l'optique des marchés réservés.
- **Énumération des catégories de services et fournitures** pour lesquelles les clauses sociales sont imposées. Toute une série de services ou de fournitures ne sont pas adaptés aux clauses sociales, ainsi l'obligation de clauses sociales ne peut être générale sous peine de rester lettre morte.

- **Choix de la clause sociale par le pouvoir adjudicateur**

Parallèlement à l'extension du choix des clauses sociales, le pouvoir adjudicateur devra arrêter lui-même dans le cahier spécial des charges le type de clause sociale qui devra être respecté par les soumissionnaires.

L'ordonnance actuelle laisse le choix au soumissionnaire du type de clause sociale qu'il présente dans son offre, ce qui n'a aucun sens d'un point de vue « marché public ». Afin de ne pas fausser la concurrence, c'est au pouvoir adjudicateur de définir la clause sociale (comme n'importe quelle clause du marché). Dans le cas contraire, vu le coût variable des différentes clauses, laisser le champ libre aux soumissionnaires risque d'affecter la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires.

Dans le cadre de la Garantie pour la Jeunesse et des objectifs du Gouvernement en matière de stages et formations, les clauses sociales de formation seront favorisées et ce d'autant plus qu'elles sont également plus aisément contrôlables.

- **Simplification administrative pour les pouvoirs adjudicateurs**

Tout d'abord, il conviendrait de supprimer la personne ressource au sein des pouvoirs adjudicateurs qui conduit en réalité à une déresponsabilisation des auteurs des cahiers des charges et des fonctionnaires dirigeants des marchés.

Le reporting mis en place dans l'ordonnance actuelle est lourd pour les pouvoirs adjudicateurs et ne permet pas un réel contrôle de l'application des clauses sociales. Il serait plus judicieux de prévoir que tout marché contenant une clause sociale soit transmis à Actiris qui en assurera le suivi en collaboration avec le pouvoir adjudicateur.

### **3. Conclusion**

L'ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics étant inapplicable dans son état actuel et vu l'ampleur des modifications qui doivent y être apportées, il est proposé de rédiger une nouvelle ordonnance sur l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics afin de rendre ces clauses obligatoires tout en permettant une application plus simple et plus souple par les pouvoirs adjudicateurs (extension des types de clauses sociales, augmentation des seuils, énumération des catégories de services et fournitures visés, suppression du reporting, ...) tout en garantissant la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires.