



Recommandation 124

Clauses de non-discrimination dans les marchés publics

Résumé

Selon la Cour des comptes, l'administration fédérale consacre à elle seule un budget de plus de 4,7 milliards d'euros par an à des marchés publics pour l'achat de services, de travaux et de fournitures. Dans de nombreux secteurs, comme les soins de santé, l'enseignement, la mobilité, la gestion des déchets, la protection sociale, les pouvoirs publics sont les principaux acheteurs. La législation européenne sur les marchés publics a été récemment modifiée de manière à permettre aux services publics d'utiliser, plus encore qu'auparavant, ces contrats souvent de grande ampleur, financés par de l'argent public, comme **un levier pour stimuler l'emploi, la croissance et les investissements ainsi que pour mettre en place une économie plus innovante, plus durable et plus sociale.**

La présente recommandation s'inscrit dans l'objectif du pouvoir fédéral de se servir de sa politique d'achats pour promouvoir des achats inclusifs dans le but de réduire les discriminations dans le cadre des marchés publics :

“Clause de non-discrimination pour les cahiers des charges types de l'administration fédérale : en collaboration avec des experts d'Unia, le Centre de services 'Procurement' du SPF Stratégie et Appui propose une clause administrative de non-discrimination dans les marchés publics de l'administration fédérale. La proposition de clause est soumise à la Commission des marchés publics” (Politique fédérale d'achats 2021-2023, 3.3.4. Achats inclusifs)

Les recommandations qui suivent forment un tout logique. Elles visent à éviter que la clause de non-discrimination reste lettre morte. Pour que les marchés publics contribuent effectivement à la politique publique de non-discrimination et d'inclusion, il faut non seulement une nouvelle clause de non-discrimination, mais aussi prévoir des possibilités de contrôle et convenir d'un plan d'amélioration. Pour la mise en œuvre de grands contrats de longue durée, il est raisonnable d'exiger un effort en termes de formation et d'augmentation de la participation de publics fortement sous-représentés. En outre, il convient aussi de compléter certaines clauses existantes, comme celle relative aux motifs facultatifs d'exclusion et celle concernant les rapports sur les engagements respectés. Enfin, il faut aussi établir un lien avec les possibilités existantes de sanctions graduelles.

Recommandation 1 : Compléter la clause-type existante sur les motifs facultatifs d'exclusion par une référence aux lois antidiscrimination. Connecter les bases de données afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent voir automatiquement quels candidats ont commis récemment des infractions aux lois antidiscrimination.

- Unia suggère de **compléter la clause-type existante sur les motifs (facultatifs) d'exclusion** en indiquant explicitement qu'en cas de condamnations antérieures pour discrimination (ou de constats faits par les services d'inspection), le soumissionnaire doit démontrer au pouvoir adjudicateur que des mesures correctrices suffisantes ont été prises pour pouvoir participer à la suite de la procédure d'attribution.
- En **prévoyant une connexion avec les bases de données** des autorités judiciaires, des services d'inspection et des organismes publics de promotion de l'égalité, le pouvoir adjudicateur peut automatiquement voir quels soumissionnaires ont récemment commis des infractions à la législation antidiscrimination.

Recommandation 2 : Unia conseille de sensibiliser les services publics aux possibilités de promouvoir l'égalité et l'inclusion au moyen de critères d'attribution.

- *Il existe déjà une base légale permettant de réserver des marchés publics et des concessions aux entreprises de travail adapté et aux entrepreneurs qui emploient au minimum 30% de travailleurs défavorisés. Unia recommande de mieux faire connaître cette possibilité auprès des autorités publiques et de les sensibiliser pour qu'elles en fassent davantage usage.*
- *Unia propose de sensibiliser les institutions publiques à inclure des critères d'inclusion et de diversité dans les **spécifications techniques** du marché, par exemple en tenant compte de la diversité du public cible dans les contrats de restauration ou de marketing.*
- *Bien qu'une pratique existante consiste à baser une partie limitée de l'évaluation qualitative des soumissions sur les efforts réalisés par le soumissionnaire pour lutter contre les discriminations et promouvoir l'inclusion, Unia se concentre principalement sur les clauses de non-discrimination relatives à la phase qui suit l'attribution du marché public. En effet, lorsque des marchés publics sont contestés devant les tribunaux, cela concerne presque toujours des critères d'attribution qui désavantagent dès le départ certains candidats soumissionnaires ou qui impliquent une évaluation subjective.*
- *La jurisprudence européenne admet que les pouvoirs adjudicateurs puissent choisir de faire de la détention d'un **label d'égalité et d'inclusion** un critère d'attribution. Unia entrevoit à terme d'autres possibilités de promouvoir l'égalité et l'inclusion, mais estime qu'il est souhaitable de faire d'abord l'inventaire des labels existants au niveau national et européen, de les évaluer et de mieux les faire connaître.*

Recommandation 3: Unia recommande d'inclure une clause de non-discrimination dans les conditions particulières d'exécution de tous les marchés publics existants d'une valeur estimée à 30.000 euros ou plus, avec la possibilité d'en contrôler le respect.

- *Pour les marchés publics d'une valeur estimée à 30.000 euros ou plus (hors TVA), Unia propose de faire signer une **annexe distincte contenant une clause de non-discrimination**. De cette manière, l'adjudicataire s'engage contractuellement – en cas d'attribution du contrat – à respecter la législation antidiscrimination lors de l'exécution du marché. Cette clause prévoit également l'autorisation de vérifier, au moyen d'un audit ou d'un test de discrimination, si l'adjudicataire (ou son sous-traitant) respecte en pratique législation antidiscrimination ainsi que l'engagement de convenir si nécessaire, par une concertation constructive, de mesures correctrices afin de prévenir toute discrimination.*

Recommandation 4 : pour les contrats de grande ampleur et de longue durée, Unia propose d'exiger parmi les conditions particulières d'exécution un certificat eDIV (promotion de l'égalité) ainsi qu'un engagement à faire valider un plan d'action positive (promotion de l'inclusion).

Pour les contrats de longue durée supérieurs au seuil de l'UE, Unia suggère deux clauses supplémentaires :

- une clause visant à garantir que les cadres dirigeants et les responsables de la sélection impliqués dans l'exécution du marché ont une connaissance minimale de la législation antidiscrimination. Cette clause comporte l'engagement de fournir un **certificat eDIV** attestant que ces personnes clés ont suivi un module en ligne court et gratuit, et
- une clause visant à promouvoir l'inclusion dans l'exécution du marché de groupes cibles sous-représentés. Cette clause comporte l'engagement **d'établir plan d'action positive** et, pour ceux qui relèvent du champ d'application de l'Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, de faire valider ce plan d'action par le ministre (fédéral) du Travail.

Recommandation 5 : Unia conseille d'ajouter aux clauses existantes de reporting le contrôle du respect des engagements en matière d'égalité et d'inclusion. En outre, Unia recommande qu'un lien soit également établi avec la clause de sanction existante afin, le cas échéant, de prendre des mesures graduelles au cas où l'adjudicataire ne respecte pas les engagements convenus.

- Afin de pouvoir vérifier si l'adjudicataire a correctement respecté tous ses engagements, Unia propose de convenir d'une procédure de **reporting** à ce sujet. En cas de non-respect de cette clause, le pouvoir adjudicateur peut demander des mesures correctrices pour résoudre la situation de manière constructive.
- En cas d'infraction grave ou de manque de coopération, les autorités publiques peuvent appliquer les **sanctions graduelles** prévues dans le contrat de passation du marché (par exemple notification, astreintes, amendes ou enfin résiliation).

Sommaire

1	Pouvoirs concernés	5
2	Introduction	5
3	Bref exposé des motifs	6
3.1	<i>Mieux faire connaître des pratiques inspirantes durant la phase d'attribution.</i>	6
3.2	<i>La clause de non-discrimination constitue une condition particulière d'exécution dans tous les marchés publics.</i>	6
3.3	<i>Clauses complémentaires pour contrats de grande ampleur et de longue durée</i>	7
3.4	<i>Soutien et infos complémentaires.</i>	7
4	Clauses-types et explication	8
4.1	<i>Motif facultatif d'exclusion en cas de non-respect de la législation antidiscrimination</i>	8
4.1.1	Clause-type	8
4.1.2	Explication	9
4.2	<i>La clause de non-discrimination comme condition particulière d'exécution</i>	11
4.2.1	Clause-type	11
4.2.2	Explication	14
4.3	<i>Clause de reporting</i>	16
4.3.1	Clause-type	16
4.3.2	Explication	16
4.4	<i>Clause de sanction</i>	17
4.4.1	Clause-type	17
4.4.2	Explication	17
4.5	<i>Clause complémentaire concernant la formation eDIV et l'action positive pour les contrats de grande ampleur et de longue durée</i>	18
4.5.1	Clause-type	18
4.5.2	Explication	19
5	Dispositions légales (en matière de discrimination)	20
6	Lien utiles	21
7	Contact Unia	21

1 Pouvoirs concernés

- Madame Petra De Sutter, Vice-Première ministre et ministre de la Fonction publique, des Entreprises publiques, des Télécommunications et de la Poste.
- Madame Marie-Colline Leroy, Secrétaire d'État à l'Égalité des genres, à l'Égalité des chances et à la Diversité, adjointe au ministre de la Mobilité.

2 Introduction

Unia formule cette recommandation dans le but que le pouvoir fédéral puisse contribuer, au moyen de sa politique d'achats, à prévenir la discrimination et à favoriser l'inclusion sur le marché du travail et dans les services publics. Cette recommandation s'adresse en premier lieu au pouvoir fédéral, mais Unia souhaite **promouvoir aussi par la suite ces clauses auprès des services publics qui dépendent des Communautés, des Régions et des autorités locales ainsi qu'auprès des entreprises publiques autonomes.**

Bien que ce document vise les marchés publics, ces clauses peuvent également être utilisées pour d'autres relations contractuelles conclues par les pouvoirs publics. Ainsi, il convient **d'inclure aussi les conditions d'exécution dans les concessions, les accords de coopération, les décisions de subvention et d'autres accords. Il suffit pour cela de procéder à quelques adaptations terminologiques limitées.**

Cette recommandation est le résultat d'une collaboration étroite entre Unia et plusieurs partenaires

Ces collaborations visent chaque fois à donner une signification plus active aux clauses de non-discrimination existantes, qui sont souvent restées lettre morte. L'objectif est ainsi de réduire le risque de discrimination dans la pratique d'entreprises qui exécutent des marchés publics et de contribuer à une plus grande inclusion dans la société au moyen des marchés publics.

- En 2017, la **ville de Gand** a lancé avec Unia un projet pilote sur des clauses de non-discrimination dans les marchés publics. Ce projet a été évalué en 2022-2023 et sera encore ajusté à l'avenir. La présente recommandation tient déjà compte d'une série de conclusions.
- En 2021, Unia a collaboré étroitement avec les services publics flamands **Het Facilitair Bedrijf, le Service Politique de diversité de 'l'Agentschap Overheidspersoneel' et Inter** (le centre d'expertise en accessibilité) pour mettre à jour la clause de non-discrimination des autorités flamandes¹. La présente recommandation reprend en partie ces projets de clauses, ajoute de nouvelles clauses et reprend en partie la note explicative qui est le fruit de cette collaboration.
- En 2022-2023, Unia a développé les textes existants, avec le soutien d'experts du **SPF Stratégie et Appui (BOSA)**, et les clauses ont été adaptées et simplifiées.
- Unia et le SPF BOSA soumettront pour avis, début 2024, ce projet de conclusions à la **Commission des marchés publics (CMP)**, au sein de laquelle les partenaires sociaux sont également représentés.

¹ <https://overheid.vlaanderen.be/overheidsopdrachten-en-raamcontracten/duurzame-en-innovatieve-overheidsopdrachten/non>

3 Bref exposé des motifs

3.1 Mieux faire connaître des pratiques inspirantes durant la phase d'attribution.

Dans le résumé qui précède, Unia a donné quelques exemples de ce que les pouvoirs adjudicateurs pouvaient faire durant la phase d'attribution pour promouvoir l'égalité et l'inclusion. En soi, ces initiatives ne nécessitent que peu d'explications supplémentaires. De plus, elles sont très variées et peuvent évoluer dans le temps.

Pour Unia, il paraît indiqué de chercher des moyens de **mieux attirer l'attention des acheteurs sur des exemples inspirants**, par exemple par la mise à jour d'un site web, par un guide pratique ou par des formations.

3.2 La clause de non-discrimination constitue une condition particulière d'exécution dans tous les marchés publics.

Unia considère que le moyen le plus approprié est que l'adjudicataire s'engage, lorsqu'il soumissionne pour un marché public, à prendre des mesures concrètes, en cas d'attribution du marché, pour prévenir toute discrimination dans l'exécution du marché et pour promouvoir l'inclusion. L'adjudicataire ne doit réaliser ces conditions spéciales d'exécution que pendant la durée du marché public.

Cette manière de procéder garantit dès le départ des conditions de concurrence équitables pour tous les soumissionnaires. Après l'attribution du marché, le lien contractuel facilite la mise en œuvre des mesures convenues dans le cadre d'une concertation constructive ou, si nécessaire, la prise de mesures pour qu'elles soient correctement mises en œuvre grâce aux sanctions prévues dans le contrat d'adjudication.

Les différentes clauses élaborées par Unia et ses partenaires font partie d'un tout. Au lieu de réglementer tous les aspects partiels dans une seule clause de non-discrimination, nous choisissons d'inclure les conditions spécifiques en termes de reporting ou de possibilités de sanction touchant à la non-discrimination dans les clauses préexistantes qui sont généralement applicables à l'exécution du marché public. C'est donc l'interaction entre toutes ces différentes clauses partielles qui garantit que les engagements en matière de non-discrimination ne restent pas lettre morte et qu'ils peuvent être contrôlés et respectés comme d'autres obligations.

Les différentes clauses que les pouvoirs publics peuvent inclure dans les documents contractuels de tout marché public, quels que soient son objet, sa nature, sa portée et sa durée, sont les suivantes :

- la clause relative au **motif facultatif d'exclusion en cas de non-respect antérieur de la législation antidiscrimination** si des mesures correctrices insuffisantes ont été prises,
- la clause relative au **respect de la législation antidiscrimination en tant que condition particulière d'exécution** qui comporte la possibilité de **contrôler** le respect de celle-ci et, si nécessaire, de convenir de manière concertée d'un **plan d'amélioration**,
- une **clause de reporting** qui permet de contrôler si l'adjudicataire a correctement mis en œuvre les différentes actions,

- une **clause de sanction** qui permet de prendre des mesures correctrices ou, si nécessaire, punitives si l'adjudicataire ne met pas, ou pas assez sérieusement et adéquatement, en œuvre les obligations de non-discrimination.

3.3 Clauses complémentaires pour contrats de grande ampleur et de longue durée

Pour les marchés dont l'estimation dépasse le seuil européen² et dont la durée est égale ou supérieure à deux ans, la présente recommandation prévoit deux clauses complémentaires qui permettent aux pouvoirs publics de demander des actions supplémentaires afin de prévenir les discriminations et de promouvoir l'inclusion lors de l'exécution du marché public. Il s'agit de :

- l'engagement de faire suivre une **brève formation eDIV** à des personnes clés.
eDiv est un outil en ligne gratuit développé par Unia pour aider les entreprises à appliquer la législation antidiscrimination et à élaborer une politique inclusive de diversité. L'adjudicataire s'engage à fournir au début de l'exécution du marché un certificat confirmant que les responsables de la sélection et les cadres dirigeants impliqués dans l'exécution du marché public ont suivi les modules d'apprentissage 'Loi' (1,5h) et 'Handicap' (1h) sur www.ediv.be.
- l'engagement d'établir un **plan d'action positive**.
L'adjudicataire s'engage à élaborer un plan d'action positive pendant la durée du marché et, pour ceux qui relèvent du champ d'application de l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, à faire valider ce plan d'action par le ministre fédéral du Travail.

3.4 Soutien et infos complémentaires

- Au sujet des **marchés publics** :
le centre de contact du SPF Stratégie et Appui (BOSA)
<https://bosa.belgium.be/fr/form/contactez-nous-v4>
- Pour des informations sur **la législation antidiscrimination et les actions positives** :
le Centre interfédéral pour l'Égalité des Chances (UNIA)
<https://www.melding.unia.be/fr/signale-le>
l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes (IEFM)
<https://igvm-iefh.belgium.be/fr/contact>
- Pour le thème de l'**accessibilité** :
CAWaB (Collectif Accessibilité Wallonie Bruxelles)
<https://cawab.be/-Contact-.html>
Inter (Private Stichting Toegankelijk Vlaanderen)
<https://www.inter.vlaanderen/contacteer-ons>

² Pour la période **2024-2025**, les seuils européens suivants s'appliquent dans les secteurs classiques. Marchés de travaux : 5.538.000 euros. Marchés de fournitures : 221.000 euros. Marchés de services : 221.000 euros. Marchés de services sociaux et autres services spécifiques : 750.000 euros. Ces seuils sont actualisés tous les deux ans Voir [Arrêté ministériel du 13 décembre 2023 | BOSA \(belgium.be\)](#).

- Guide pour une **société plus diversifiée et plus inclusive** :
site web www.ediv.be

4 Clauses-types et explication

4.1 Motif facultatif d'exclusion en cas de non-respect de la législation antidiscrimination

4.1.1 Clause-type

Unia propose de compléter comme suit dans tous les marchés publics la clause existante sur les motifs facultatifs d'exclusion :

Le motif d'exclusion prévu à l'article 69, paragraphe 1, 1° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics se réfère à la violation des obligations applicables dans le domaine du droit environnemental, social et du travail.

Par droit social et droit du travail, il convient aussi d'entendre l'interdiction de toute discrimination dans les relations de travail, notamment :

- ***la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, article 12 ("loi antiracisme")***
- ***la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, article 19 ("loi sur le genre")***
- ***la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, article 14 ("loi antidiscrimination")***
- ***ainsi que la législation antidiscrimination régionale transposant la directive européenne 2000/43/CE sur la race, la directive 2006/54/CE sur le genre et la directive-cadre 2000/78/CE,***
- ***la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, en particulier le chapitre V bis. 'Dispositions spécifiques concernant la prévention des risques psychosociaux au travail dont le stress, la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail', dans la mesure où ces comportements se rapportent à un critère protégé par la législation antidiscrimination,***
- ***ainsi que les diverses incriminations pénales de discrimination, de violence, de harcèlement ou de comportement sexuel non désiré au travail et les infractions liées à la prévention des risques psychosociaux au travail, dans la mesure où ces comportements sont liés à un critère protégé par la législation antidiscrimination (article 25 de la loi antiracisme, article 28/2 de la loi sur le genre, article 256 du Code pénal³, articles 119-122/5 du Code pénal social et dispositions pénales correspondantes dans la législation régionale),***

ce qui est appelé la 'législation antidiscrimination' dans la suite du texte.

³ Le 'Projet de loi introduisant le livre 2 du Code pénal' (DOC55-K3518/001) introduit via l'art. 256 du Code pénal une incrimination générale de la discrimination dans le cadre des relations de travail (numérotation provisoire des articles!).

En application de l'article 69, dernier alinéa, de la loi sur les marchés publics, ce motif facultatif d'exclusion est étendu, pour ce qui est de la violation de la législation antidiscriminatoire mentionnée plus haut, aux personnes qui sont membres de l'organe de gestion, de direction ou de surveillance de l'entreprise ou qui y ont un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle.

4.1.2 Explication

Le respect du droit environnemental, social et du travail est mentionné parmi les principes généraux à **l'article 7 de la loi sur les marchés publics**⁴. Les opérateurs économiques sont donc tenus de respecter la législation antidiscrimination dans le cadre de leur politique générale de ressources humaines et de la faire respecter par toute personne agissant en tant que sous-traitant à quelque stade que ce soit ou employant du personnel pour l'exécution du marché.

Contrairement aux clauses de non-discrimination qui sont abordées plus loin (et qui créent des engagements contractuels complémentaires), l'obligation de respecter la législation antidiscrimination, applicable à tous, n'est **pas limitée aux relations de travail liées à l'exécution du marché public**. Le motif facultatif d'exclusion peut donc être invoqué pour toutes les infractions à la législation antidiscrimination que le candidat ou le soumissionnaire a commises (ou continue de commettre) dans le cadre de sa politique générale du personnel.

Afin de donner plus de force à ce principe général, le législateur y a lié un **motif facultatif d'exclusion à l'article 69, 1^o de la loi sur les marchés publics**. Ce motif d'exclusion permet d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation du marché si le pouvoir adjudicateur prouve par tout moyen approprié que ce candidat ou ce soumissionnaire a enfreint la législation antidiscrimination dans le cadre des relations de travail.

La **notion de 'relations de travail' a, dans la législation antidiscrimination, une signification autonome** qui va au-delà des relations de travail traditionnelles⁵. Elle comprend entre autres les conditions d'accès à l'emploi (poste vacant, procédure de recrutement et de sélection...), les conditions d'emploi et les modalités de résiliation (ou de non-renouvellement) de la relation de travail. Les relations de travail englobent toutes les formes d'emploi impliquant une relation de pouvoir de fait ou juridique⁶. Outre l'emploi intérimaire, contractuel ou statutaire, cette notion inclut également la fourniture d'un travail en qualité d'indépendant dans le cadre d'un contrat de service⁷, la fourniture d'un travail non rémunéré en tant que bénévole, l'exercice d'un mandat, etc.

Le pouvoir adjudicateur peut prouver une violation de la législation antidiscrimination par **tout moyen approprié**. Par exemple :

⁴ Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, M.B. 14 juillet 2016. Pour les versions consolidées, voir : <https://bosa.belgium.be/fr/regulations/loi-du-17-juin-2016-marches-publics>

⁵ Les lois antidiscrimination constituent la transposition de la directive européenne 2000/43/CE sur la race, de la directive 2006/54/CE sur le genre et de la directive-cadre 2000/78/CE qui donnent leur propre définition en droit communautaire du concept de 'travail'.

⁶ Le critère déterminant pour être soumis à l'interdiction de discrimination est en effet " la position dominante, en fait ou en droit, qu'occupe une personne dans les relations juridiques et qui lui donne l'occasion de porter atteinte de manière discriminatoire aux droits d'autrui" (Cour Const. N*17/2009 du 12 février 2009, B.10.4).

⁷ Cour Just. UE., 12 janvier 2023, C-356/21, J.K. contre TP S.A. (Pologne); Cour travail Bruxelles, 27 juin 2016; Cour travail Gand, 13 juin 2017; Cour travail Bruxelles, 3 septembre 2019; Cour travail Bruxelles, 4 janvier 2022.

- une condamnation pénale, civile ou administrative définitive pour infraction à la législation antidiscrimination,
- des constatations faites par des fonctionnaires compétents (par exemple, une notification écrite ou 'pro justitia' de l'inspection du travail, un procès-verbal dressé par le fonctionnaire compétent pour le contrôle du chantier...),
- des preuves matérielles indiscutables fournies par des organismes publics de promotion de l'égalité, des lanceurs d'alerte, des organisations de défense d'intérêts ou des informations accessibles au public.

La possibilité d'exclure un candidat ou un soumissionnaire sur la base de ce motif n'est valable que pour une **période de trois ans** à compter de la date de l'acte discriminatoire/de l'infraction ou de sa cessation (s'il s'agit d'une infraction continue). Si une autorité administrative ou judiciaire compétente procède à des sanctions, le délai est calculé à partir de ce jugement ou de cette décision. Cela n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de décider même avant cela de l'exclusion, pour autant qu'il puisse démontrer une violation de la législation antidiscrimination.

Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage d'invoquer le motif d'exclusion en raison de violations de la législation antidiscrimination, il donne au candidat ou au soumissionnaire la possibilité de présenter des **mesures correctrices** au cours de la procédure de passation du marché⁸.

La possibilité d'exclusion devient caduque si le candidat ou le soumissionnaire concerné démontre qu'il a réparé le préjudice moral et matériel⁹ et qu'il a pris des mesures concrètes, techniques, organisationnelles et touchant au personnel de nature à prévenir de nouvelles violations de la législation antidiscrimination.

⁸ Voir l'article 70 de la loi sur les marchés publics.

⁹ La loi anti-discrimination prévoit une indemnité forfaitaire qui équivaut en principe à six mois de salaire brut. La base de calcul comprend le salaire mensuel brut et les autres avantages qui sont la contrepartie du travail, comme l'utilisation privée d'une voiture de société et les cotisations patronales aux assurances (Cour Trav. Anvers, 28 juin 2021). Comme l'indemnité ne compense pas la perte de salaire, aucune cotisation ONSS ni aucun précompte n'est dû sur l'indemnité (art. 19, §2,2° AR 28 novembre 1969 ; Cour Trav. Bruxelles, 17 novembre 2015; Trib. Anvers, 1er octobre 2020).

Pas de suivi actif

Aujourd'hui, l'examen habituel des antécédents des candidats et des soumissionnaires ne fournit pas d'informations sur des condamnations pour discrimination prononcées par les tribunaux du travail. Une **déclaration sur l'honneur** pourrait éventuellement constituer une solution provisoire dans l'attente d'un meilleur transfert de données. Le pouvoir adjudicateur ne devrait alors pas rechercher activement des indices objectifs de violations de la législation antidiscrimination par l'entreprise ou par des personnes qui sont membres de son organe de gestion, de direction ou de surveillance (ou qui y ont un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle).

4.2 La clause de non-discrimination comme condition particulière d'exécution

4.2.1 Clause-type

Clause de non-discrimination

Dans le cadre de l'exécution du présent marché, l'adjudicataire s'engage à respecter et à faire respecter la législation antidiscrimination, dont la loi antiracisme du 30 juillet 1981, la loi antidiscrimination du 10 mai 2007, la loi sur le genre du 10 mai 2007 et la législation antidiscrimination régionale transposant la directive européenne 2000/43/CE sur la race, la directive 2006/54/CE sur le genre et la directive-cadre 2000/78/CE.

L'adjudicataire s'engage plus précisément dans l'exécution du marché à :

- *ne réserver aucun traitement défavorable, directement ou indirectement, à quiconque sur la base d'un ou de plusieurs critères protégés par la loi, tels que le sexe (y compris la grossesse, la maternité, l'accouchement, l'allaitement, la procréation médicalement assistée, la paternité, la co-maternité, l'adoption, les caractéristiques de genre, le changement de sexe, l'identité de genre, l'expression de genre), la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, les convictions philosophiques ou religieuses, l'état civil, la naissance, la fortune, les convictions politiques, la langue, l'état de santé, les caractéristiques physiques ou génétiques, l'origine ou la condition sociale, la conviction syndicale ou la nationalité, à moins que ce traitement défavorable ne puisse être justifié de manière adéquate au regard de la législation antidiscrimination ;*
- *ne tolérer aucune forme d'intimidation, de harcèlement ou de violence en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles légalement protégées, ni un comportement sexuel non désiré, ni la diffusion de messages racistes, sexistes, homophobes ou d'autres messages discriminatoires ;*
- *procéder sur demande à des aménagements raisonnables (conformément au Protocole du 19 juillet 2007 relatif au concept d'aménagements raisonnables en Belgique) pour les personnes qui présentent une déficience physique ou mentale résultant d'un handicap ou d'une maladie chronique, de telle sorte qu'elles puissent travailler ou utiliser un service de manière équivalente ;*

- *prendre les mesures préventives nécessaires pour éviter toute violation de la présente clause de non-discrimination par toute personne employée dans le cadre du marché. L'adjudicataire donne les instructions écrites nécessaires au début de l'exécution du marché pour que les cadres dirigeants concernés veillent au respect de cette obligation. Il inclut également cette clause de non-discrimination dans les contrats avec ses sous-traitants et il oblige ceux-ci à en faire autant en aval de la chaîne ;*
- *inclure dans les contrats avec toutes les personnes employées dans le cadre de l'exécution du marché une clause de non-discrimination par laquelle elles s'engagent à ne pas enfreindre la législation antidiscrimination lors de l'exécution du marché et à signaler immédiatement les cas dont elles sont témoins ou qui leur sont signalés, dans leur fonction dirigeante, à un collaborateur désigné par l'adjudicataire et ayant une responsabilité hiérarchique. Cette clause de non-discrimination peut aussi être incluse volontairement dans le règlement de travail ;*
- *informer les personnes employées dans le cadre de l'exécution du marché que, outre les canaux de signalement internes habituels, elles peuvent également signaler directement et de manière confidentielle d'éventuelles violations de cette clause de non-discrimination au moyen de canaux de signalement externes (p. ex. l'inspection du travail, le pouvoir adjudicateur, le syndicat...) et qu'elles peuvent obtenir confidentiellement des informations sur leurs droits et devoirs en vertu de la législation antidiscrimination auprès d'Unia (www.unia.be) ou de l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes (www.igvm-iefh.belgium.be). Ces procédures de signalement internes et externes peuvent également être incluses volontairement dans le règlement du travail ;*
- *n'exercer aucune pression sur les membres du personnel concernés pour qu'ils s'abstiennent de faire un signalement ou de déposer une plainte via les canaux de signalement externes en raison d'une violation de la présente clause de non-discrimination ou de la législation antidiscrimination ;*
- *apporter leur pleine et entière collaboration à toute enquête éventuelle menée par le pouvoir adjudicateur ou par une institution publique chargée du contrôle ou de l'application de la législation antidiscrimination ou de la présente clause de non-discrimination ;*
- *prendre les mesures nécessaires pour faire cesser immédiatement une violation de la présente clause de non-discrimination commise par toute personne employée dans le cadre du marché, à prendre des mesures pour prévenir la répétition d'un tel comportement et, le cas échéant, à réparer ou faire réparer le dommage subi.*

Screening via un audit ou un test

En soumissionnant pour ce marché, l'adjudicataire donne son accord pour collaborer à d'éventuels audits ou tests visant à vérifier que la non-discrimination est assurée dans l'exécution du marché et que les engagements pris dans le cadre du marché public sont suivis de manière suffisamment sérieuse et adéquate.

L'adjudicataire inclura aussi cette obligation de collaboration à d'éventuels audits ou tests dans les contrats avec ses sous-traitants.

La réalisation d'un audit ou d'un test implique qu'un employé ou une personne désignée par le pouvoir adjudicateur vérifie dans la pratique si les prestations de l'adjudicataire et de ses sous-traitants en matière de non-discrimination dans le cadre de l'exécution du marché sont conformes :

- aux lois et règlements en vigueur,
- aux conditions particulières d'exécution en matière de non-discrimination,
- aux conditions complémentaires d'exécution en matière de non-discrimination.

En vue de la réalisation de l'audit ou du test, un employé ou une personne désignée par le pouvoir adjudicateur peut se faire passer pour un client, un client potentiel, un employé ou un employé potentiel.

Cependant, la ou les personnes faisant l'objet de constatations ne seront pas provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale. L'audit ou le test doit se limiter à créer l'occasion de mettre en lumière une pratique discriminatoire. Le pouvoir adjudicateur peut pour cela faire momentanément appel à un tiers, à condition que ce dernier s'engage contractuellement à traiter toutes les informations recueillies au cours de l'audit ou du test de manière strictement confidentielle.

L'adjudicataire est tenu d'ouvrir ses locaux et ses sites de production pour permettre la réalisation de l'audit.

L'audit est payé par le pouvoir adjudicateur ou par un organisme désigné par lui. En aucun cas, le coût de l'audit n'incombe à l'adjudicataire.

Toutes les actions entreprises lors de l'audit ou du test et leurs résultats sont consignés dans un rapport et communiqués à l'adjudicataire. Le pouvoir adjudicateur s'engage à traiter de manière confidentielle le résultat de cet audit ou de ce test ainsi que toutes les informations recueillies à cette occasion et à ne pas les transmettre à des tiers ou à les rendre publiques sans l'autorisation explicite et écrite de l'adjudicataire et de la personne concernée. Cette disposition s'applique toutefois à l'exception : (1) du droit de transmettre le dossier (rapport, moyens de défense éventuels, correspondance, documents, etc.) pour examen aux services d'inspection et de contrôle ou à des organismes publics en charge de l'égalité de traitement s'il s'agit de faits pénalement répréhensibles ou si l'adjudicataire n'exécute pas de manière suffisamment sérieuse et adéquate les engagements pris dans le cadre du marché public, (2) de l'application de dérogations légales (par exemple la réglementation relative à la publicité de l'administration) ou (3) à la demande d'une autorité judiciaire ou administrative.

Plan d'amélioration

S'il ressort d'indications objectives, y compris un audit ou un test éventuel, qu'il y a des violations à la législation antidiscrimination en vigueur ou à des conditions particulières et complémentaires en matière de non-discrimination, l'adjudicataire est tenu de proposer un plan d'amélioration. Celui-ci a pour but de combler les lacunes existantes dans un délai raisonnable et de réduire les risques de discrimination. Le pouvoir adjudicateur vérifiera que le plan d'amélioration est établi avec tout le sérieux et l'honnêteté nécessaires et qu'il est suffisamment étayé.

Ajout en cas de marchés où l'accessibilité est un important point d'attention, par exemple les bâtiments, les espaces publics, les sites internet, les applications mobiles... :

L'adjudicataire s'engage à assurer pendant l'exécution du marché un environnement de travail, une communication, une offre et un service accessibles à tous. En cas de questions sur l'application correcte des critères d'accessibilité ou pour plus d'informations à ce sujet, l'adjudicataire s'engage à contacter le CAWaB (Collectif Accessibilité Wallonie Bruxelles) ou Inter (Private Stichting Toegankelijk Vlaanderen).

Concernant les marchés qui ont pour objet le développement de sites web et d'applications mobiles :

Les services fournis doivent au moins répondre à la norme EN 301 549. Le soumissionnaire joindra à son offre les documents nécessaires pour démontrer que ses services respectent la norme susmentionnée.

Commentaire

La législation oblige déjà le pouvoir adjudicateur, pour tous les marchés publics destinés à être utilisés par des personnes physiques, à rédiger les spécifications techniques de manière à prendre en compte les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou les critères d'adéquation de la conception pour tous les utilisateurs.

4.2.2 Explication

L'article 87 de la loi sur les marchés publics permet au pouvoir adjudicateur d'assortir l'exécution d'un marché de conditions particulières. Ces conditions peuvent également porter sur des considérations d'ordre social ou relatives à l'emploi. L'adjudicataire est tenu de les respecter et de les faire respecter par son personnel. En outre, il doit également veiller à ce que ces dispositions soient respectées par toute personne agissant en tant que sous-traitant à n'importe quel stade et par toute personne employant du personnel pour l'exécution du marché.

Les engagements pris par le soumissionnaire sont basés sur un système de 'devoir de vigilance' (*due diligence*). Actuellement, tant l'UE que le gouvernement fédéral travaillent une législation obligeant les entreprises à **détecter de manière préventive le risque de violations** des droits humains, entre autres, dans leur chaîne de valeur et à **user de leur influence pour prévenir ces risques**¹⁰.

Bien que ce système soit généralement utilisé dans le contexte d'une politique de durabilité et de responsabilité sociale des entreprises (RSE), il est important de souligner que **l'interdiction légale de discrimination** dans le cadre des relations de travail et de la prestation de services au public **protège les droits fondamentaux des citoyens et est 'd'ordre public'**¹¹. Les pouvoirs publics ont à cet égard les moyens d'exiger davantage d'efforts de la part des adjudicataires pour promouvoir l'égalité de traitement et l'inclusion.

Cette clause de non-discrimination contribue à prévenir la discrimination dans l'exécution du marché et a une importante **valeur de sensibilisation**. Mais en cas d'infraction et si l'adjudicataire refuse de corriger des situations discriminatoires, le pouvoir adjudicateur peut **prendre des mesures de remédiation et, en dernier ressort, des sanctions**.

Afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier si l'adjudicataire met effectivement et correctement en œuvre les engagements en matière de non-discrimination et si, dans la pratique, il ne commet pas de discrimination dans l'exécution du marché public, il convient de **rendre aussi possible un contrôle**, en plus de la sensibilisation. Cette clause implique qu'en concourant pour le marché public, le candidat ou le soumissionnaire s'engage à se soumettre à un ou plusieurs audits ou tests de discrimination aux frais du pouvoir adjudicateur.

¹⁰ Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 – Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur (DOC 55 - 1903/001).

¹¹ Cass., 16 septembre 2013, n° C.12.0032.F/1

Ce test de discrimination est effectué **sur une base contractuelle** (sur le modèle des contrats conclus par exemple par la Loterie Nationale en vue du contrôle des jeux de hasard pour les mineurs). Si le pouvoir adjudicateur souhaite sous-traiter le test à des tiers, il peut faire appel, par exemple, à des institutions universitaires ou à des sociétés spécialisées dans le ‘mystery shopping’. Comme pour tout audit réalisé par un tiers, ces contrats doivent comporter une clause de confidentialité.

Au cas où il existe déjà des indications de discrimination dans le chef de l’adjudicataire (ou de l’un de ses sous-traitants), le pouvoir adjudicateur peut soit demander un plan d’amélioration, soit se tourner vers l’Inspection fédérale Contrôle des lois sociales pour une enquête plus approfondie. Ce service d’inspection peut lui aussi effectuer des tests de discrimination, mais en respectant le cadre légal de l’article 42/1 du Code pénal social :

“En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d’exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir, en présence d’indications objectives de discrimination ou à la suite d’une plainte étayée ou d’un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise [...], après l’accord préalable et écrit de l’auditeur du travail ou du procureur du Roi.”

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur organise un audit ou un test et que celui-ci révèle des soupçons de pratiques discriminatoires, il doit constater la mauvaise exécution du marché public en application de l’article 44, §2 de l’AR d’exécution du 14 janvier 2013 au moyen d’un procès-verbal approprié. Le pouvoir adjudicateur envoie immédiatement une copie du procès-verbal à l’adjudicataire par lettre recommandée ou par un courrier électronique qui assure de manière comparable la date exacte de l’envoi.

L’adjudicataire dispose d’un délai de 15 jours pour faire valoir ses moyens de défense ou indiquer qu’il élaborera un plan d’amélioration qui éliminera à l’avenir autant que possible les risques de discrimination. Si l’adjudicataire ne coopère pas de manière constructive à ce plan d’amélioration ou en cas de violations graves, le pouvoir adjudicateur peut prendre des mesures de sanction. Comme dans les situations où l’exécution d’un marché public est incorrecte ou prend du retard, le pouvoir adjudicateur peut imposer des sanctions financières ou mettre fin à l’exécution du marché et l’exécuter lui-même, éventuellement aux frais de l’adjudicataire en défaut.

Suivi

Le suivi de cette clause n'exige qu'un effort supplémentaire limité de la part du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre du rapport annuel (voir ci-dessous), il lui suffit de vérifier si les documents nécessaires ont été fournis dans les délais convenus.

Cela concerne l'inclusion d'une **clause de non-discrimination dans les contrats avec les sous-traitants, l'obligation d'inclure une telle clause dans les contrats avec leurs sous-traitants, l'inclusion d'une clause de non-discrimination dans les contrats (ou le règlement de travail) avec les personnes employées dans le cadre de l'exécution du marché** ainsi que des **instructions écrites** aux cadres dirigeants pour veiller à son respect et la **notification que les infractions peuvent être signalées confidentiellement** au pouvoir adjudicateur et aux services d'inspection ou que des informations et des conseils peuvent être obtenus auprès d'Unia ou de l'IEFM.

L'audit ou le test éventuel est **facultatif**. Si le pouvoir adjudicateur n'a pas les moyens ou l'expertise pour réaliser un audit ou un test de discrimination lui-même ou par l'intermédiaire d'une organisation spécialisée, il peut – en cas d'indications objectives de discrimination ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou encore sur la base des résultats du 'data mining' ou du 'data matching' – demander à l'*Inspection fédérale du travail*, plus précisément à la Direction générale Contrôle des lois sociales (CLS), qu'une enquête pour discrimination soit menée gratuitement auprès de l'adjudicataire ou de ses sous-traitants. La Direction générale CLS doit cependant toujours demander l'autorisation de l'auditeur du travail pour organiser un test.

4.3 Clause de reporting

4.3.1 Clause-type

L'adjudicataire fait rapport au pouvoir adjudicateur sur les progrès réalisés en matière de non-discrimination au plus tard un mois après la date anniversaire du contrat. Ce rapport doit montrer que les engagements en matière de non-discrimination sont développés et mis en œuvre. Le pouvoir adjudicateur vérifiera à l'occasion de chaque rapport si l'adjudicataire a suivi ces engagements de manière suffisamment sérieuse et adéquate. Il vérifiera également si le rapport fourni a été complété avec tout le sérieux voulu et était suffisamment documenté.

4.3.2 Explication

Les marchés de grande ampleur et de longue durée comprennent en général des mécanismes de suivi et des obligations de reporting. Le cas échéant, il est conseillé de lier les violations de la clause de non-discrimination ainsi que le suivi et le rapport sur les engagements complémentaires en matière de non-discrimination aux obligations de reporting et aux mécanismes contractuels de suivi déjà prévus.

Suivi

En vue d'assurer un suivi aisé et uniforme des actions devant faire l'objet d'un rapport, une **check-list** pourrait éventuellement être élaborée à l'intention du pouvoir adjudicateur.

4.4 Clause de sanction

4.4.1 Clause-type

Si, au cours de l'exécution du marché, des faits sont constatés qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination fondée sur des critères protégés dans le chef de l'adjudicataire, de ses sous-traitants ou de toute autre personne employée dans le cadre du marché, ils sont consignés dans un procès-verbal en application de l'article 44, §2 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013. Le pouvoir adjudicateur met alors l'adjudicataire en demeure et il peut prendre des mesures en raison de violations des conditions d'exécution du marché. En ne respectant pas ces conditions d'exécution, l'adjudicataire s'expose, entre autres, à l'application de sanctions en vertu de l'art. 45 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013.

Si l'infraction est contestée par l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de transmettre le dossier (le procès-verbal, les moyens éventuels de défense, la correspondance, les documents, etc.) aux services d'inspection (par exemple l'Inspection fédérale de Contrôle des lois sociales ou l'Inspection économique), au Ministère public ou à un organisme public compétent en matière d'égalité, Unia (Centre interfédéral pour l'égalité des chances) ou l'IEFM (Institut pour l'égalité des femmes et des hommes), pour un complément d'enquête et pour la suite à donner.

S'il apparaît que l'adjudicataire ne collabore pas de manière constructive aux autres obligations en matière de non-discrimination ou ne les exécute pas de manière suffisamment sérieuse et adéquate, ceci est constaté dans un procès-verbal en application de l'article 44, §2 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013. Le pouvoir adjudicateur met l'adjudicataire en demeure et il peut prendre des mesures en raison de violations des conditions d'exécution du marché. En ne respectant pas ces conditions d'exécution, l'adjudicataire s'expose, entre autres, à l'application de sanctions en vertu de l'art. 45 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013

4.4.2 Explication

En cas d'infractions et si l'adjudicataire refuse de les corriger, le pouvoir adjudicateur peut prendre des mesures de remédiation et, en dernier ressort, des sanctions.

Concrètement, une première étape peut consister à informer par courrier l'adjudicataire d'une situation discriminatoire et à lui demander d'y remédier dans les plus brefs délais et de prendre des mesures pour prévenir toute discrimination à l'avenir. Si l'adjudicataire ne réserve pas une suite appropriée à cette notification, il doit être mis en demeure. Au cas où cette mise en demeure ne permet pas non plus de remédier à la discrimination, des pénalités et des mesures d'office peuvent être appliquées. Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de définir des sanctions spéciales pour des violations des dispositions relatives à la non-discrimination.

Les marchés qui font l'objet d'un suivi étroit et fréquent, tels que les marchés de travaux, offrent une possibilité supplémentaire de remédier rapidement à d'éventuelles situations discriminatoires (par exemple au moyen de réunions de chantier).

Suivi

En application de l'article 44, §2 de l'Arrêté royal d'exécution du 14 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur constate la mauvaise exécution du marché public au moyen du procès-verbal prévu à cet effet. Il envoie immédiatement une copie du procès-verbal à l'adjudicataire par lettre recommandée ou par un courrier électronique qui assure de manière comparable la date exacte de l'envoi.

L'adjudicataire dispose d'un délai de 15 jours pour faire valoir ses moyens de défense ou indiquer qu'il élaborera un plan d'amélioration. S'il ne coopère pas de manière constructive à ce plan d'amélioration ou en cas de violations graves, le pouvoir adjudicateur peut prendre des mesures de sanction.

Comme dans les situations où l'exécution d'un marché public est incorrecte ou prend du retard, le pouvoir adjudicateur peut imposer des sanctions financières ou mettre fin à l'exécution du marché et l'exécuter lui-même, éventuellement aux frais de l'adjudicataire en défaut.

4.5 Clause complémentaire concernant la formation eDIV et l'action positive pour les contrats de grande ampleur et de longue durée

4.5.1 Clause-type

Formation eDiv

En soumissionnant pour ce marché, le soumissionnaire s'engage, en cas d'attribution du marché, à faire suivre à tous les cadres dirigeants et les responsables de la sélection impliqués dans l'exécution du marché les modules d'apprentissage en ligne gratuits "Loi" (1,5h) et "Handicap" (1h) sur www.ediv.be et à transmettre au pouvoir adjudicateur les certificats de formation au plus tard six mois après la conclusion du marché.

Établissement d'un plan d'action positive

En soumissionnant pour ce marché, le soumissionnaire s'engage à établir, au plus tard six mois après l'attribution du marché, un projet de plan d'action positive sous la forme soit d'une convention collective de travail, soit d'un acte d'adhésion, soit d'un plan d'action approuvé par les organes compétents.

L'action positive comporte un régime temporaire de priorité qui favorise l'inclusion et la participation équitable à l'exécution de l'objet du marché d'un ou de plusieurs publics défavorisés manifestement sous-représentés (ou d'une partie de ces publics). Les objectifs doivent être clairs, limités dans le temps, réalisables et mesurables.

Ce régime de faveur ne peut pas être absolu et restreindre de manière déraisonnable les droits d'autrui. Lorsqu'il élabore son projet d'action positive, le soumissionnaire consulte un organisme public compétent en matière d'égalité des chances, Unia (Centre interfédéral pour l'égalité) ou l'IEFM (Institut pour l'Égalité des Femmes et les Hommes).

En soumissionnant pour ce marché, le soumissionnaire s'engage à communiquer à tous les travailleurs ce projet de plan d'action positive au plus tard six mois après l'attribution du marché, conformément ou de manière analogue avec la procédure prévue à l'article 5 de l'Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive.

Validation du plan d'action positive

En soumissionnant pour ce marché, le soumissionnaire s'engage à soumettre pour approbation ce plan d'action positive auprès du greffe de la Direction générale Relations collectives de travail du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale au plus tard douze mois après l'attribution du marché. Pour obtenir des informations sur l'approbation d'une action positive, l'adjudicataire peut s'adresser au SPF Emploi, Travail et Concertation sociale (SPF ETCS) : 02 233 41 11 (tél.) et 02 233 41 88 (fax).

La même procédure d'élaboration du plan d'action positive doit être suivie pour les actions positives qui ne relèvent pas du champ d'application de l'AR du 11 février 2019 (par exemple, les entreprises étrangères qui exécutent le marché dans un autre État membre de l'UE), mais une action positive approuvée par les organes compétents est suffisante.

Mise en œuvre du plan d'action positive

L'adjudicataire s'engage à mettre en œuvre ce plan d'action positive avec l'honnêteté et le sérieux voulus au moins pendant la période restante prévue pour l'exécution du marché.

4.5.2 Explication

Pour certains marchés de longue durée et d'une valeur estimée plus élevée, ce document comprend une clause complémentaire visant à intégrer des garanties supplémentaires pour lutter contre la discrimination dans l'exécution du marché et améliorer la participation de publics fortement sous-représentés.

En raison des efforts supplémentaires nécessaires pour suivre une (courte) formation en ligne et pour établir un plan d'action positive, Unia propose de n'inclure ces clauses que si :

- la durée du marché est de 2 ans ou plus, et
- la valeur estimée du marché dépasse le seuil européen.¹²

Un premier engagement a pour but de réduire le risque de discrimination de la part des responsables de la sélection et des cadres dirigeants en leur faisant suivre une formation en ligne simple et de courte durée sur la législation antidiscrimination, en particulier **les modules d'apprentissage en ligne gratuits 'Loi' (1,5 heure) et 'Handicap' (1 heure)** sur www.ediv.be. À l'issue de cette formation, le participant reçoit automatiquement un certificat attestant que la formation a été entièrement suivie. Le participant ne doit pas réussir un test, il suffit qu'il ait suivi tout le module de formation.

D'autre part, l'adjudicataire doit également s'engager, en cas d'attribution du marché public, à contribuer activement à l'inclusion et à une participation équitable au travail en élaborant un **plan d'action positive**

¹² Pour la période 2020-2021, les seuils européens suivants s'appliquent dans les secteurs classiques. Marchés de travaux : 5.350.000 euros. Marchés de fournitures : 214.000 euros. Marchés de services : 214.000 euros. Marchés de services sociaux et autres services spécifiques : 750.000 euros. Ces seuils sont actualisés tous les deux ans.

(tel que défini dans l'AR du 11 février 2019) et en le faisant valider dans les 12 mois suivant l'attribution du marché. Une exigence est que cette action positive soit liée à l'objet du marché.

Afin de réduire la charge administrative pour les entreprises et de favoriser la libre concurrence, les pouvoirs publics n'exigent pas de tous les candidats et les soumissionnaires qu'ils suivent une formation préalable et qu'ils élaborent un plan d'action positive pour pouvoir avoir une chance d'obtenir un marché public (condition d'attribution). Ce n'est qu'en cas d'attribution de contrats de plus grande ampleur et de longue durée que les pouvoirs publics demandent un engagement à suivre une brève formation et à réaliser un plan d'action positive (condition d'exécution).

Suivi

Le suivi de cette clause ne nécessite qu'un effort supplémentaire limité de la part du pouvoir adjudicateur. Il lui suffit de vérifier que les documents nécessaires ont été remis dans les délais impartis.

Il s'agit des **certificats de formation eDiv** (après 6 mois) et de la décision d'approbation du **plan d'action positive** par le ministre de l'Emploi (après 12 à 14 mois).

5 Dispositions légales (en matière de discrimination)

- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail
- Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail
- Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination
- Protocole du 19 juillet 2007 relatif au concept d'aménagements raisonnables en Belgique (M.B., 20 septembre 2007)
- Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive (B.S., 1 mars 2019)
- Articles 42/1 et 42/2 du Code pénal (compétences spéciales de l'inspection du travail concernant le contrôle de la législation antidiscrimination), article 119 (violence ou harcèlements intentionnels au travail), article 121 et ss. (mesures de prévention insuffisantes)
- Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail (loi sur le bien-être au travail), art. 4 - 5 (analyse de risque et plan général de prévention) et art. 32bis et ss. (interdiction de harcèlement, de violence et d'intimidation sexuelle au travail)
- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics : art. 15 – Marchés réservés :
“Un adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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 programmes 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. [...]". Idem dans la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession (art. 33).

- Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (M.B., 14 février 2013).

6 Lien utiles

- Clause de non-discrimination à insérer dans le règlement de travail (eDIV)
- Clause de non-discrimination à insérer dans les conditions contractuelles générales (eDIV)
- Explication au sujet de l'établissement d'un plan d'action positive (eDIV)

7 Contact Unia

- Juridique : Bart Mondelaers – bart.mondelaers@unia.be
- Local: Bruno Martens – bruno.martens@unia.be

