



Le commerce équitable (Fair Trade) dans les marchés publics

Avertissement: Bien que le contenu du présent document ait été établi avec le plus grand soin et qu'il ait été revu par le cabinet d'avocats Bird & Bird, Communes du commerce équitable ne peut garantir que la procédure suggérée soit 100% sans risque. Communes du commerce équitable ne peut dès lors être tenu pour responsable des éventuelles erreurs qui figureraient dans le texte ou qui résulteraient de l'interprétation de celui-ci.

La présente analyse tient compte de la nouvelle loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 ("LMP"), qui a transposé en droit belge la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics. Cette loi a été publiée au Moniteur belge le 14 juillet 2016 et est entrée en vigueur le 30 juin 2017. Cette analyse tient également compte du nouvel arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 18 avril 2017.

Introduction

Ce texte a été conçu à l'attention des pouvoirs publics et de leurs services d'achat. Il a pour objet de fournir un certain nombre d'informations relatives aux marchés publics, en particulier en ce qui concerne la façon d'intégrer le commerce équitable.

Le développement durable joue un rôle de plus en plus important dans la société. Les services publics souhaitent eux aussi effectuer des choix durables dans le cadre de leur politique d'achat. Lors de l'acquisition de produits provenant de pays dits en développement, les critères sociaux et environnementaux jouent un rôle crucial, mais les critères économiques jouent un rôle non moins important. Il est essentiel de choisir des produits qui répondent aux normes les plus élevées possibles en termes de durabilité (les trois piliers de la durabilité), surtout dans le chef d'une autorité qui joue un rôle d'exemple dans la société.

Le commerce équitable contribue à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs sociétaux fondamentaux, énoncés entre autres dans la législation européenne, tels que la lutte contre la pauvreté et la promotion du développement économique, écologique et socialement durable dans les pays en développement.

1. Quelle procédure de passation suivre?

La LMP prévoit quelques changements fondamentaux concernant les procédures de passation. On ne parle plus d'adjudication ou d'appel d'offres ouvert ou restreint, mais de procédure ouverte ou restreinte. Par ailleurs, les motifs pour faire appel à la procédure concurrentielle avec négociation (qui remplace la procédure négociée) ont été considérablement élargis, de sorte que l'on peut utiliser cette procédure pour tous les achats de travaux, de fournitures et de services qui ne soient pas immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation.

Veillez, lors de la détermination de la valeur du marché, aux contrats de livraison successifs. Si les contrats ont une certaine régularité ou sont destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, la valeur estimée du marché est déterminée comme suit :

- 1° soit la valeur réelle globale des marchés successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;
- 2° soit la valeur globale estimée des marchés successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois¹.

A. La valeur du marché est inférieure ou égale à 30.000 Euros (TVA excl.)

¹ Art. 7, §8 AR Passation du 18 avril 2017.



Dans ce cas, le marché peut être conclu par une simple facture acceptée, qui constitue la preuve de la conclusion du marché. Dans ce contexte, il est possible de prendre en compte des considérations relatives au commerce équitable.

B. La valeur du marché est inférieure ou égale à 135.000 Euros (TVA excl.)

Dans ce cas, il peut être recouru à une procédure négociée sans publicité préalable. Si possible, le pouvoir adjudicateur doit consulter plusieurs candidats afin de comparer leurs offres. Néanmoins, dans une telle procédure de négociation, les principes d'égalité et de non-discrimination sont d'application, ce qui signifie que le pouvoir adjudicateur doit négocier de la même façon avec tous les fournisseurs potentiels.

C. La valeur du marché est supérieure à 135.000 Euros (TVA excl.)

Dans ce cas, en principe, le pouvoir adjudicateur doit attribuer le contrat par le biais d'une des nouvelles procédures de passation (telles que la procédure ouverte ou restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif, le partenariat d'innovation, etc.), conformément à la loi relative aux marchés publics mais dans certaines circonstances, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché par procédure négociée avec publicité préalable.

2. Sous quelles conditions doit-on opter pour le commerce équitable?

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent organiser des marchés publics équitables, peuvent de nos jours faire recours à des tas de critères équitables-type qui ont été développés au niveau européen, fédéral et régional.

Ainsi, un ensemble de critères a été développé au niveau européen pour différents groupes de produits, à savoir les critères UE GPP². Au niveau fédéral et régional, un Guide des achats durables a été publié dans lequel des critères durables et de commerce équitable ont été intégrés sur base de fiches produits³.

Les critères durables et de commerce équitable peuvent jouer un rôle important à travers les phases suivantes de la passation et l'exécution d'un marché public:

- 1° la description de l'objet du marché et les spécifications techniques;
- 2° les critères de sélection qualitative;
- 3° les critères d'attribution;
- 5° les conditions d'exécution

2.1. Spécifications techniques

Les spécifications techniques sont les spécifications mentionnées dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit, de travaux ou d'un service. Les spécifications définissent donc les propriétés d'un produit, de travaux ou d'un service. Les spécifications techniques décrivent par exemple le produit lui-même, sa fabrication, l'emballage et la facilité d'emploi. Pour le café les spécifications techniques sont, par exemple, le goût, la teneur en caféine et l'utilisation de pesticides.

Auparavant, il n'était pas toujours très clair si les critères de commerce équitable pouvaient être utilisés comme spécifications techniques. Dans son arrêt du 10 mai 2012 (C-368/10) la Cour Européenne de Justice indiquait que les spécifications techniques d'un marché peuvent également contenir des références au commerce équitable, pour autant que ces spécifications réfèrent au mode de fabrication du produit ou à d'autres caractéristiques intrinsèques du produit, ça veut dire les critères écologiques du commerce équitable.

² http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

³ <http://gidsvoorduurzameaankopen.be/fr>



La loi relative aux marchés publics suit cette vision et a même clarifié les choses à ce sujet. En effet, la loi prévoit désormais la possibilité d'intégrer des critères durables, dont des critères de commerce équitable, comme spécification technique⁴ ou comme critère d'attribution⁵, à condition que ces critères soient liés à l'objet du marché et en liaison avec la valeur et les objectifs dudit marché. Ceci est donc un pas considérable en comparaison avec la législation précédente qui préconisait une vision plutôt restreinte à ce sujet.

2.2. Les critères d'attribution

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché au soumissionnaire dont l'offre est économiquement la plus avantageuse (appel d'offres), il doit imposer des critères d'attribution pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement. Il ne doit pas nécessairement s'agir de critères économiques. La qualité d'une offre aux yeux du pouvoir adjudicateur peut en effet dépendre de facteurs qui vont au-delà des considérations purement économiques.

L'article 81 de la loi relative aux marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, dans le contexte de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, prendre en compte les aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux, en plus du meilleur rapport qualité/prix. Par ailleurs, il est prévu que non seulement "les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes", mais également "le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué" peuvent être pris en considération dans l'évaluation du critère d'attribution "qualité".

Une formulation possible pour l'aspect commerce équitable peut être: «Lors de l'application du critère 'commerce équitable' sous le critère d'attribution 'qualité', les soumissionnaires recevront tous les points attribués à ce critère s'ils répondent aux critères suivants (xxx, voir chapitre 3). Les soumissionnaires qui ont un label (xxx, voir chapitre 3) sont présumés satisfaire à ce critère. Les soumissionnaires qui ne disposent pas de ce label disposent de la possibilité de démontrer qu'ils remplissent la description du critère 'commerce équitable' tel que définie dans les conditions énoncées à ce sujet. »

Il est de grande importance de donner suffisamment de poids au critère d'attribution "qualité" et en particulier au critère 'commerce équitable' afin d'éviter que des produits, des travaux ou services ne soient en réalité pas équitable. Il va de soi qu'une telle pondération doit se faire dans les limites de ce qui est légalement tolérable.

2.3. Les conditions d'exécution du marché

L'article 87 LMP prévoit explicitement que le pouvoir adjudicateur peut imposer aux soumissionnaires des conditions spéciales relatives à l'exécution du marché. De telles conditions spéciales d'exécution peuvent être liées à des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur peut donc par exemple référer à des objectifs tels que le respect des conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail, de label social⁶, de la protection de l'environnement ou du commerce équitable.

Exemple de telles conditions d'exécution:

«Conditions spéciales d'exécution: Le soumissionnaire s'engage à veiller à ce que le produit proposé X soit livré en conformité avec les conditions suivantes liées au commerce équitable: [liste des conditions du commerce équitable (voir chapitre 3)]."»

⁴ La notion de "spécification technique" pour les marchés de fourniture et de services est définie comme suit à l'article 2, 44° LMP: "une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, tels que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, l'utilisation du produit, la sécurité ou les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie de la fourniture ou du service, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité".

⁵ Article 81 LMP réfère explicitement à la possibilité de tenir compte d'aspects environnementaux et/ou sociaux" dans l'évaluation du critère d'attribution 'qualité'.

⁶ Loi du 27 février 2002 visant à promouvoir la production socialement responsable.



3. Description du commerce équitable dans un marché public

Le concept de commerce équitable peut être explicité dans l'objet du contrat d'une manière conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination des soumissionnaires.

Pour clarifier ce que l'on entend par commerce équitable, il convient de mentionner la description suivante là où on souhaite l'inclure dans un marché public.

Un produit est un produit issu du commerce équitable si la méthode de production et de commercialisation réunit au moins les caractéristiques suivantes:

- *100% des ingrédients du produit qui peuvent être issus du commerce équitable, doivent effectivement l'être;*
- *le prix d'achat doit couvrir le coût de production à tout moment, y compris les coûts sociaux, environnementaux et d'autres coûts tels que les coûts de certification;*
- *les producteurs reçoivent une prime supplémentaire, indépendant du prix sur le marché mondial, systématiquement incorporée dans le système de tarification;*
- *des relations commerciales stables sont établies (contrats entre l'acheteur et le vendeur pour une longue période et avec un droit au préfinancement);*
- *le groupe de producteurs dispose d'une structure organisée démocratiquement;*
- *une interdiction de discrimination (fondée p.ex. sur la race, la religion, l'orientation sexuelle, ...) est applicable aux travailleurs tout comme le droit à la liberté d'association, le paiement d'au moins un salaire minimum légal, l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants et le droit à des conditions de travail sûres, saines et décentes;*
- *aucun produit contenant des produits agrochimiques interdits ne peut être utilisé, échangé, ou acheté / vendu par l'organisation. Les produits agrochimiques sont utilisés de manière sûre, en ce compris par l'établissement de zones tampons;*
- *l'organisation de producteurs applique pour sa production un plan environnemental qui réduit ou empêche l'érosion et améliore la structure et la fertilité et des sols.*
- *l'organisation des producteurs fait en sorte que ses membres n'utilisent ni semences ni autres cultures qui sont génétiquement modifiés.*

« La preuve de la conformité avec les critères du commerce équitable peut être justifié par l'un des labels: Fairtrade (label de Fairtrade International et Fairtrade Belgium) ou le label du World Fair Trade Organization. Toute autre preuve équivalente, telle qu'une étiquette alternative de marque de qualité et / ou d'autres preuves sont valables. Il est de la responsabilité du demandeur de prouver sa conformité aux critères. »

Même si la référence explicite à un label de qualité tel que *Fairtrade* dans un marché public est bien acceptée, il devrait être mentionné explicitement, compte tenu des principes d'égalité et de non-discrimination, que la conformité des spécifications avec le label peut être démontrée par d'autres moyens. A cet effet, l'offre doit contenir une description des conditions sous-jacentes du label de qualité en question.

4. Soyez prudent avec les "labels de durabilité non-fairtrade"

L'acheteur est de plus en plus confronté à une prolifération de labels de durabilité. Beaucoup de ces labels prétendent répondre aux critères du commerce Fair Trade, mais diffèrent néanmoins d'une façon fondamentale du concept international du commerce équitable tel qu'expliqué dans cette note. Dans la plupart des cas, un certain nombre de critères essentiels du commerce équitable est manquant: l'exigence d'un prix minimum rentable, la prime inhérente au système de fixation des prix, l'interdiction des OGM ou encore l'obligation pour les agriculteurs de s'organiser au sein d'organisations démocratiquement contrôlées. Dans ce contexte, il est donc important de définir clairement le commerce équitable, au moyen d'une liste de critères essentiels pour éviter les abus et la confusion. Au final, il appartient au soumissionnaire de prouver que les principes du



commerce équitable sont respectés, ce qu'il peut faire par d'autres moyens de preuve complémentaires de label.

Le commerce équitable fonctionne selon l'approche du «trade not aid» et est donc un système de et pour les producteurs (des exploitations agricoles familiales à petite échelle qui vivent souvent avec moins de deux dollars par jour). Notre association veut leur permettre de s'atteler eux-mêmes à un avenir durable. Des informations complémentaires au sujet du label 'Fair Trade' et de ce qui le rend unique par rapport aux autres systèmes de durabilité peuvent être demandées par mail au : sophie.duponcheel@mdmoxfam.be.

Pour plus d'informations sur la campagne Communes du commerce équitable : www.cdce.be

Bird & Bird est un cabinet d'avocats international comptant plus de 1100 avocats dans le monde entier. Nous offrons une gamme de services juridiques combinés avec une connaissance approfondie des plus importants secteurs industriels. La pratique de notre département de droit public et administratif recouvre les marchés publics, les PPP, PCP et concessions, le droit de l'environnement et de l'urbanisme ainsi que le droit applicable aux subventions, à la fois au niveau européen et national. L'équipe est également régulièrement impliquée dans des litiges administratifs et constitutionnels, ainsi que dans des litiges devant la Cour de Justice de l'Union Européenne.