

# La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics

YSEULT MARIQUE

*Université libre de Bruxelles (ULB), University of Essex et FÖV Speyer*

et

KRIS WAUTERS<sup>(1)</sup>

*Université catholique de Louvain (UCLouvain) et avocat*

## Introduction

Après quarante ans d'interventions de l'Union européenne dans la phase d'attribution des marchés publics afin d'assurer la concurrence la plus large possible, les acteurs économiques ont appris à naviguer sur les eaux tumultueuses de cette réglementation. Une partie des enjeux de la réglementation des marchés publics se situe désormais hors du champ d'application originaire des directives européennes en la matière et concerne l'exécution desdits marchés, une matière peu encadrée au niveau européen jusqu'à ce jour. Par ailleurs, les dimensions sociales de la construction européenne s'expriment de plus en plus distinctement aussi bien dans le Traité de Lisbonne que dans les nouvelles directives sur les marchés publics adoptées en 2014. Les relations de sous-traitance offrent une excellente illustration des défis que présentent ces transformations pour la conciliation de la concurrence avec la politique sociale, tant au niveau européen que belge.

La sous-traitance recouvre des fonctions diverses. Elle permet de procurer au maître de l'ouvrage un interlocuteur unique, l'entrepreneur principal.

Elle peut également être le moyen d'équiper les contractants principaux des compétences techniques indispensables pour exécuter le contrat. Elle peut enfin offrir la flexibilité nécessaire dans l'organisation du personnel, afin que les contractants principaux puissent honorer les commandes dans les délais impartis<sup>(2)</sup>. Néanmoins, la sous-traitance peut aussi être utilisée de manière opportuniste, dans l'objectif de diminuer autant que possible les coûts de personnel ou de transférer les coûts et les risques sur d'autres acteurs économiques. Elle peut alors avoir pour conséquence ultime que les travailleurs des sous-traitants finaux soient placés dans une position d'exploitation économique, sociale et humaine. Elle est alors l'instrument de pratiques frauduleuses, qui soit éludent les impôts, soit violent les obligations sociales des employeurs. Ainsi, la sous-traitance peut être le terrain de prédilection du dumping social<sup>(3)</sup>. Les configurations contractuelles compliquées et la multiplication des acteurs – souvent situés dans une multitude de pays différents – rendent le contrôle et la mise en cause de la responsabilité des différents intervenants extrêmement complexes, et souvent infructueux<sup>(4)</sup>. Ainsi, les adjudicataires locaux, par exemple belges,

(1) Les auteurs souhaitent remercier le Dr Emmanuel Slautsky et les professeurs Elise Dermine, Daniel Dumont et Etienne Muller pour leurs commentaires patients et constructifs relatifs à la présente contribution. Nous avons malheureusement dû être sélectifs dans notre traitement de ces commentaires au vu des contraintes pratiques de la présente contribution, mais nous espérons continuer la réflexion en d'autres occasions. Nous restons seuls responsables du texte et de ses faiblesses. Tout commentaire est bienvenu et peut être adressé à Yseult Marique (ymarique@essex.ac.uk). Les liens internet ont été consultés pour la dernière fois le 8 janvier 2018.

(2) M. JAOUEN, « La responsabilité solidaire en matière de sous-traitance dans la nouvelle directive "détachement" : un progrès en demi-teinte », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 165.

(3) Sur les formes, légales et illégales, que peuvent prendre les pratiques de dumping social, voy. la contribution introductive d'Emmanuel Slautsky dans le présent numéro spécial. La présente contribution entend essentiellement envisager le recours à des techniques illégales qui conduisent à des situations de dumping social.

(4) G. TEUBNER (*Networks as connected contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2011) explique ces problèmes de manière générale pour les chaînes et les réseaux contractuels. Voy. aussi M. ANNER, J. BAIR et J. BLASI, « Toward joint liability in global supply chains : Addressing the root causes of labor violations in international subcontracting networks », *Comparative Labour*



peuvent recourir à des sous-traitants situés dans un autre État membre de l'Union européenne où les salaires et la protection sociale sont plus faibles. Ces sous-traitants peuvent ensuite détacher des travailleurs pour venir exécuter les marchés publics, par hypothèse en Belgique. Il conviendra alors de vérifier concrètement le respect des conditions de détachement de travailleurs ainsi que des obligations de sécurité sociale. La situation peut se complexifier en raison des intervenants multiples et de la difficulté pratique de s'assurer de la réalité du respect des différentes réglementations impliquant des administrations situées à l'étranger. Il y a « dumping social » dans la mesure où les entreprises soumettant des offres dans les marchés publics ne se trouvent pas sur un pied d'égalité et la concurrence se trouve faussée, en particulier si les constructions « sous-traitance + détachement » reposent sur des sous-traitants étrangers qui ne respectent pas leurs obligations dans le cadre du détachement de leur personnel en vue de l'exécution de marchés publics belges.

Depuis l'extension, en 2004, des principes de libre circulation aux pays de l'ancienne Europe de l'Est, les opportunités offertes par les différentiels socio-économiques ont rendu les pratiques de dumping social particulièrement préoccupantes au sein du marché unique européen. Les problèmes sociaux et économiques engendrés par cette situation ont incité les institutions européennes et nationales à réagir. Le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, a annoncé dans son *State of Union* de 2015 qu'il fallait garantir « *the same pay for the same job at the same place* ». Une telle promesse soulève néanmoins d'importantes difficultés sur les plans politique et juridique quant à l'encadrement adéquat de la sous-traitance et des techniques qui lui sont apparentées, comme le détachement transnational

de travailleurs. Il convient en effet de concilier les principes juridiques de concurrence et de libre circulation des personnes et des biens, qui se trouvent au cœur de la construction du marché unique européen, avec la protection des acquis sociaux et de solidarité, concrétisés dans les droits sociaux nationaux. Différentes tentatives récentes, comme les négociations sur la directive « détachement – exécution » en 2014<sup>(5)</sup> ou la mise en œuvre de la carte jaune parlementaire dans le cadre de la proposition de la Commission européenne de réformer la directive « travailleurs détachés » en 2016<sup>(6)</sup>, ont montré combien ces questions pouvaient s'avérer inextricables. En particulier, la directive « détachement – exécution » était censée réguler la sous-traitance, mais le compromis politique trouvé ne donne pas entière satisfaction aux pays de l'ancienne Europe de l'Ouest<sup>(7)</sup>.

En raison de cette configuration politique, le régime juridique instauré par les directives « marchés publics » pour réglementer la sous-traitance présente un intérêt particulier sous deux aspects<sup>(8)</sup>. Tout d'abord, ces directives furent négociées parallèlement aux négociations de la directive « détachement – exécution » dans les années 2011-2014. Ensuite, les marchés publics sont un instrument de politique publique. Pour ces raisons, la doctrine a suggéré qu'une forme de « substitution réglementaire » (*regulatory substitution*) avait eu lieu : le droit des marchés publics aurait été utilisé en vue d'accomplir ce que les négociations politiques n'avaient pu réaliser dans le cadre de la politique sociale européenne<sup>(9)</sup>. Plus précisément, les États membres auraient utilisé les transpositions nationales des directives européennes « marchés publics » et leurs pouvoirs adjudicateurs, les procédures de marchés publics pour encadrer juridiquement et

*Law and Policy Journal*, 2013, n° 35, p. 1 ; V. ULFBECK, « Supply chain liability of the public buyer », *European Public Private Partnership Law Review*, 2017/3, pp. 1-8.

(5) Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI ») (ci-après en abrégé : directive « détachement-exécution »).

(6) Sur la carte jaune et le recours au principe de subsidiarité par les parlements nationaux dans le contexte de la proposition de révision de la directive « travailleurs détachés », voy. notamment D. JANCIC, « EU law's grand scheme on national parliaments : The third yellow card on posted workers and the way forward », in D. JANCIC (dir.), *National parliaments after the Lisbon Treaty and the euro crisis : Resilience or resignation ?*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 299-312.

(7) Les négociations sur la proposition de révision de la directive « travailleurs détachés » sont en cours à l'heure de l'écriture de ces lignes, mais semblaient ne pas répondre aux demandes françaises en particulier (<https://www.euractiv.fr/section/economie/news/le-parlement-europeen-durcit-les-regles-du-detachement-des-travailleurs/>).

(8) La présente contribution se concentre sur le régime mis en place par la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics. Néanmoins, les directives 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession (article 42) et 2014/25 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (article 88) prévoient des dispositifs largement semblables en matière de sous-traitance.

(9) A. SANCHEZ-GRAELLS, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : The EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018 (24), pp. 229-254.



limiter les pratiques de sous-traitance, et ainsi, indirectement, de détachement, alors que cet encadrement aurait en principe dû être réalisé par les directives européennes « travailleurs détachés ». En aurait ainsi découlé un double déplacement : tout d'abord, un déplacement du centre de prise de décision sur des choix politiques fondamentaux, de l'Union européenne vers les États membres et leurs pouvoirs adjudicateurs ; ensuite, un déplacement de la logique de libre circulation des personnes et de la concurrence vers une logique prenant en compte les objectifs sociaux dans l'encadrement des pratiques de sous-traitance.

La présente contribution souhaite vérifier cette hypothèse générale dans le cas de la transposition belge des directives concernant les marchés publics. En d'autres termes, elle cherche à établir si, et selon quelles modalités, la substitution de la politique économique (le domaine des marchés publics) à la politique sociale (le domaine des directives « détachement – exécution ») est réalisée par la réglementation belge de la sous-traitance visant à lutter contre le dumping social dans les marchés publics. Pour ce faire, la contribution aborde l'hypothèse de la substitution réglementaire sous deux angles. Elle vérifie, d'une part, si, et dans quelle mesure, il y a bien une forme de correspondance entre la réglementation nationale sur les marchés publics en matière de sous-traitance et les pratiques que la politique sociale n'a pas réussi à réguler au niveau européen. Elle examine ensuite si les acteurs sont en pratique en mesure d'assurer une application effective de la réglementation de la sous-traitance en matière de marchés publics. Nous mettons en évidence que les mécanismes de contrôle de la sous-traitance en Belgique se sont transformés en un véritable système, une « architecture administrative » extrêmement sophistiquée. Cette observation nous amènera à revenir sur l'hypothèse de la substitution réglementaire pour suggérer qu'à la suite de celle-ci, qui est réelle, on assiste à un rééquilibrage entre les libertés de circulation et libre concurrence, d'une part, et la protection sociale, d'autre part : ainsi, les principes d'égalité, d'accès au marché et de concurrence « effective » sont progressivement complétés par les principes de proportionnalité, de marché flexible et de concurrence « loyale ». Le phénomène ainsi observé souligne la marge de manœuvre qui revient aux États membres lorsqu'ils

transposent les directives européennes et ne devrait pas susciter de remise en cause juridique dans son principe même. Par contre, les modalités concrètes de ce phénomène peuvent susciter des questions pratiques ou politiques, auxquelles des réponses doivent être apportées progressivement.

Pour arriver à cette conclusion, la présente contribution est structurée de la manière suivante. Dans un premier temps, elle examine la substitution réglementaire en matière de lutte contre le dumping social dans les rapports de sous-traitance au niveau européen (1) puis au niveau belge (2). Dans un troisième temps, elle examinera comment le raisonnement suivi par la Cour de justice pour aborder la conformité de la réglementation belge au droit européen pourrait (ou non) ouvrir la porte à une possible substitution réglementaire, dans l'hypothèse où un recours à l'encontre de la transposition belge serait introduit devant la Cour de justice<sup>(10)</sup> (3).

## 1. Concurrence et politiques sociales : l'encadrement européen

Le Traité sur l'Union européenne proclame en son article 3.3 que « [l']Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ». Néanmoins, au-delà de ces objectifs de principe, la réalisation concrète des arbitrages requis pour mettre en place une économie sociale de marché continue de faire couler beaucoup d'encre. Comment, en effet, (ré) concilier les intérêts nécessairement contradictoires sous-jacents au modèle de développement d'une économie libérale ? Comment (ré)concilier travail et capital, État et marché, local et multinational, gestion à court terme de crises aiguës et vision à long terme du vivre-ensemble<sup>(11)</sup> ?

La présente section présente une brève typologie idéal-typique des approches possibles de la commande publique comme instrument de politique publique et met en évidence l'enchevêtrement concret des modèles dans la pratique (1.1). Elle examine ensuite l'apparition croissante mais hésitante de normes et pratiques

(10) À notre connaissance, un tel recours n'a pas encore été introduit. Par contre, une question préjudicielle a été introduite à l'encontre de la transposition italienne de l'article 71 de la directive 2014/24 (C-63/18).

(11) Voy., notamment, D. SCHIEK, *The EU economic and social model in the global crisis – Interdisciplinary perspectives*, London, Routledge, 2013 ; M. FREEDLAND et J. PRASSL (dir.), *Viking, Laval and beyond*, Oxford, Bloomsbury, 2016.



européennes cherchant à encadrer progressivement la sous-traitance et illustre les effets de balancier s'opérant concrètement au niveau européen entre les différentes approches de la commande publique (1.2). Au regard de ces différents constats, une première évaluation de l'hypothèse de la substitution régulatoire est proposée au niveau européen (1.3).

### 1.1 MARCHÉS PUBLICS : LIBRE CONCURRENCE VERSUS CONSIDÉRATIONS SOCIALES

L'hypothèse de la substitution régulatoire suppose que chaque instrument de politique publique ait un objectif précis et que son usage soit confiné à cet objectif unique<sup>(12)</sup>. Ainsi, les instruments fiscaux ont pour objectif de générer des ressources budgétaires pour que l'État puisse mener ses politiques, par exemple. La commande publique a, quant à elle, pour fonction d'assurer aux pouvoirs publics l'obtention de biens et services au meilleur prix ou au meilleur rapport qualité/prix. L'article 1.2 de la directive 2014/24 se rapproche de cette idée en ce qu'il définit la passation d'un marché comme : « l'acquisition, au moyen d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs auprès d'opérateurs économiques choisis par lesdits pouvoirs, que ces travaux, fournitures ou services aient ou non une finalité publique ». Il y aurait substitution, selon les tenants de cette grille de lecture, lorsqu'un instrument de politique publique est utilisé pour poursuivre d'autres objectifs que son objectif de référence.

Néanmoins, en pratique, la commande publique a de tout temps rempli des fonctions multiples, au-delà de la seule fourniture des biens, services ou travaux nécessaires aux autorités publiques. Ces

objectifs diffèrent d'un pays à l'autre, à travers le temps ou encore selon le niveau national, régional ou international auquel les réglementations sont organisées<sup>(13)</sup>. Ainsi, en Belgique, la commande publique a historiquement toujours poursuivi un objectif de libre concurrence et d'égalité entre les entreprises<sup>(14)</sup>. Elle a cependant également servi de levier de politique industrielle, de soutien au développement économique ou à la poursuite de fins sociales et, plus récemment, à la promotion des politiques environnementales<sup>(15)</sup>. La commande publique peut servir des fins de nature protectionniste tout comme des fins d'ouverture à la concurrence étrangère.

Peter Kunzlik identifie trois idéologies différentes qui s'affrontent dans la réglementation relative aux marchés publics, et qui peuvent expliquer les articulations envisageables entre les considérations économiques et sociales dans la réglementation relative aux marchés publics : le modèle néolibéral, le modèle de gouvernance étatique et le modèle de gouvernance globale. Ces trois approches entraînent chacune une analyse distincte du dumping social dans la sous-traitance, de ses causes et de ses possibles remèdes<sup>(16)</sup>.

Dans le modèle néolibéral, on considère que le marché est le mécanisme qui distribue de la manière la plus efficace les ressources dans la société. Il est considéré comme la meilleure garantie de la liberté économique et les interventions étatiques de régulation du marché comme une menace pour celle-ci<sup>(17)</sup>. Dans cette perspective, il revient aux États de concourir entre eux pour attirer les capitaux. Une telle concurrence (notamment en termes de législations sociales et fiscales) devrait conduire à un environnement favorable au marché et au développement du commerce. Dans cette

(12) Sur l'approche des instruments à la disposition des pouvoirs publics, voy. notamment P. LASCUMES et P. LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Sciences Po, 2004. Pour une discussion de ce type de raisonnement relativement aux clauses environnementales dans les marchés publics, voy. F. MARTY, « Analyse économique des clauses environnementales dans la commande publique : Le pire instrument à l'exception de tous les autres ? », *Droit de l'environnement*, Paris, Victoires édition, 2017, 252, pp. 20-25.

(13) P. TREPTE, *Regulating procurement – Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

(14) L'art. 21 de la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'État prévoyait déjà que « [t]ous les marchés au nom de l'État sont faits avec concurrence, publicité et à forfait, sauf les exceptions établies par la loi (...) ».

(15) Au Royaume-Uni : T. DAINITH, « Regulation by contract : The new prerogative », *Current Legal Problems*, 1979, 32/1, pp. 41-64 ; C. MCCRUDDEN, *Buying social justice – Equality, government and legal changes*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; en Belgique : Ph. QUERTAINMONT, « Le rôle économique et social des marchés publics », in *Les marchés publics à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle – Actes de la journée du 22 octobre 1999 organisée à l'occasion du 100<sup>e</sup> anniversaire de la section des sciences politiques de l'ULB et du 75<sup>e</sup> anniversaire de la section des sciences administratives de l'Institut Cooremans (Haute École Francisco Ferrer)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 79-116.

(16) P. KUNZLIK, « The 2014 public procurement package – One step forward and two back for green and social procurement », in Y. MARIQUE et K. WAUTERS (dir.), *EU Directive 2014/24 on public procurement – A new turn for competition in public markets ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 139-196, spéc. pp. 144-148.

(17) P. KUNZLIK, « Neoliberalism and the European public procurement regime », in C. BARNARD, M. GEHRING et I. SOLANE (dir.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012-13 (15), pp. 283-356.



perspective, le dumping social n'est problématique que lorsqu'il repose sur des techniques illégales.

Dans le modèle de gouvernance étatique, l'idée centrale de la démocratie est que le gouvernement issu indirectement des élections est l'entité qui doit se prononcer sur les manières de réguler le marché afin d'atteindre les objectifs politiques qu'elle poursuit. Dans cette perspective, les fragilisations des droits sociaux des citoyens engendrées par le dumping social sont vues comme des défaillances du marché qu'il est légitime pour le gouvernement représentatif de chercher à mitiger par des interventions correctrices.

Le troisième modèle, le modèle de gouvernance globale, poursuit les objectifs de la gouvernance étatique mais en prenant en compte les dimensions internationales et multinationales que le modèle néolibéral a instaurées afin de poursuivre ses objectifs. Il cherche à incorporer les valeurs non économiques dans les superstructures internationales et multinationales. En ce sens, le marché est contraint non par des règles étatiques mais par l'action collective, notamment menée par les organisations non gouvernementales, les groupes d'intérêts ou encore les syndicats internationaux, en vue de protéger les droits sociaux des travailleurs à travers le monde.

L'intérêt de ces modèles théoriques est de souligner les différentes interactions possibles entre marché et État. Néanmoins, en pratique, les modèles s'enchevêtrent et se fertilisent mutuellement depuis de nombreuses années. Ainsi, les pays voisins de la Belgique ont récemment pris des mesures pour lutter contre l'exploitation des travailleurs dans certains secteurs de l'économie, notamment dans les marchés publics et la sous-traitance dans le domaine de la construction (par exemple au Royaume-Uni<sup>(18)</sup>), pour promouvoir l'accès direct (plutôt que par le biais de la

sous-traitance) des PME aux marchés publics, ou encore pour développer des clauses sociales dans les marchés publics (par exemple en France<sup>(19)</sup>). D'autres pays européens développent également des marchés publics soutenables dans différents secteurs, comme celui de la construction<sup>(20)</sup>. Ces évolutions témoignent d'une certaine montée en puissance de l'interventionnisme à l'intérieur du paradigme libre-échangiste sur lequel repose à la base la réglementation des marchés publics.

### 1.2 SOUS-TRAITANCE, DÉTACHEMENT DE TRAVAILLEURS ET MARCHÉS PUBLICS

La situation juridique et sociale des travailleurs qui se déplacent dans un autre pays européen pour travailler est une question cruciale pour la libre circulation des personnes promue au niveau européen. Sur le plan politique, elle illustre les tensions entre différentes visions du projet européen. Sur le plan juridique, elle pose de nombreuses questions d'articulations entre des réglementations aussi différentes que les directives « marchés publics » et « travailleurs détachés ». L'absence de coordination entre les deux régimes doit être soulignée<sup>(21)</sup>.

Pour les questions juridiques fascinantes relatives au détachement des travailleurs, nous nous permettrons de renvoyer le lecteur à la doctrine spécialisée<sup>(22)</sup>. Nous nous limiterons ici à rappeler que la directive 96/71 « travailleurs détachés »<sup>(23)</sup> tentait d'instaurer une protection sociale minimale pour les travailleurs qui se déplaçaient dans le marché unique. Elle instaura un système par lequel les pays d'accueil doivent prévoir un « bloc » de conditions de travail et d'emploi minimales qui doivent s'appliquer aux travailleurs étrangers, par exemple les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés annuels payés, les taux de salaire minimal,

(18) Modern Slavery Act 2015 ; R. CRAVEN, « The role of public procurement in the fight to eradicate modern slavery in the UK construction industry », in G. PIGA et T. TATRAI (dir.), *Public procurement policy*, London, Routledge, 2016, pp. 22-37.

(19) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *J.O.R.F.*, juillet 2015, n° 0169, p. 12602, art. 50-II et art. 62.

(20) Voy. les explications sur un projet suédois recherchant à promouvoir l'emploi des jeunes : L. HANSSON et S. JOHANSSON, « Institutional incentives for sustainable procurement : A case study of sustainability considerations in the Swedish construction sector », *Public Procurement Law Review*, 2017, pp. 220-235.

(21) Parmi une littérature foisonnante, notons S. GARBEN, « The constitutional (im)balance between "the market" and "the social" in the European Union », *European Constitutional Law Review*, 2017, pp. 23-61, spéc. pp. 37-40.

(22) Voy. par exemple, H. VERSCHUEREN, « De territoriale en extraterritoriale toepassing van het social recht binnen de Europese interne markt », *Revue de droit social*, 2017, pp. 285-308 ; M. MORSA, « La proposition de la Commission européenne portant révision des règlements de coordination n°s 883/2004 et 987/2009 : Une approche équilibrée permettant de lutter contre la fraude sociale et le dumping social », *J.T.T.*, 2017, pp. 397-410 ; M. MORSA, « Le détachement des travailleurs ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux ! », *J.T.T.*, 2014, pp. 177-193 ; A. DEFOSSEZ, « La directive 2014/67/UE relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs : un premier pas dans une bonne direction », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 833 ; Ch.-E. CLESSE et M. MORSA, « Détachement de travailleurs dans l'Union européenne : les derniers développements législatifs », *J.D.E.*, 2014, pp. 362-369.

(23) Directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.



ou encore l'égalité de traitement entre hommes et femmes<sup>(24)</sup>. Compte tenu de l'existence de ce noyau dur, les différences entre les systèmes nationaux se situent principalement au niveau du salaire et de la sécurité sociale (régie de manière distincte<sup>(25)</sup>).

Depuis son adoption, la directive 96/71 « travailleurs détachés » souleva de nombreuses discussions. La situation est particulièrement pressante dans certains secteurs, comme celui de la construction qui représente, à lui seul, plus de 40 % des travailleurs détachés dans l'Union européenne, d'après les organisations représentatives du secteur. Ces dernières voient la directive « travailleurs détachés » comme une menace pour les PME locales qui ne peuvent pas faire face à la concurrence menée par les travailleurs détachés de pays de l'Union européenne où la protection sociale et les salaires sont plus faibles<sup>(26)</sup>. Par exemple, des soumissionnaires peuvent soumettre, dans le cadre des marchés publics belges, des offres basses, en sachant que si le contrat leur est octroyé, ils sous-traiteront le marché à une entreprise étrangère, basée par hypothèse dans un pays où les salaires et la protection sociale sont faibles. Ces sous-traitants pourront ensuite détacher du personnel en Belgique pour procéder aux travaux, objet du marché public, et ce à un coût moindre que les entreprises faisant appel à un personnel local. De plus, des questions surgissent lorsque le travailleur n'est pas payé pour son travail ou lorsque les obligations sociales ne sont pas respectées par les sous-traitants. Le travailleur peut-il, par exemple, introduire une action à l'encontre de l'entrepreneur principal ou de l'adjudicateur pour obtenir le paiement de sa rémunération ?

De faibles avancées en faveur de la protection sociale des travailleurs détachés dans le cadre de contrats de sous-traitance ont eu lieu à la suite de l'adoption de la directive 2014/67 relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le

cadre d'une prestation de services<sup>(27)</sup>. Celle-ci prévoit en particulier la responsabilité solidaire du sous-traitant avec l'employeur principal en ce qui concerne la rémunération du travailleur détaché<sup>(28)</sup>. Les États membres peuvent en outre étendre cette responsabilité à d'autres obligations, notamment au regard d'activités dans le domaine de la construction<sup>(29)</sup>. Ce système n'est toutefois pas suffisant : il est facultatif et ne concerne que le premier maillon de la chaîne contractuelle, alors que les maillons les plus vulnérables au dumping social se trouvent bien plus en aval de la chaîne<sup>(30)</sup>.

Construisant sur ces menues avancées, la proposition de révision de la directive « travailleurs détachés » publiée en 2016 par la Commission européenne consacre une attention particulière aux travailleurs employés dans la sous-traitance en raison de leur vulnérabilité, notamment due à leur position de faiblesse économique<sup>(31)</sup>. Elle offre, notamment, la possibilité aux États membres d'exiger que la rémunération payée aux sous-contractants soit la même que celle payée aux travailleurs du contractant principal (en ce compris les rémunérations prévues dans les conventions collectives de travail adoptées au niveau des entreprises)<sup>(32)</sup>.

Enfin, le Parlement européen s'est également saisi des questions d'interfaces entre sous-traitance et dumping social et a souligné, en 2016, les risques liés aux longues chaînes de sous-traitance. Il a rappelé le principe de la responsabilité solidaire contenu dans la directive 2014/67 et a invité la Commission à surveiller étroitement la manière dont les États membres appliquent cette mesure<sup>(33)</sup>.

L'attention que le droit européen accorde à la sous-traitance a également fait l'objet d'une évolution progressive dans le cadre des marchés publics. Ainsi, les premières directives européennes relatives aux marchés publics adoptées dans les années 1970 et 1990 se concentraient sur la réalisation d'un marché unique et sur l'abolition

(24) Art. 3.1 de la directive 96/71/CE.

(25) Règlement 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

(26) [http://www.ebc-construction.eu/index.php?id=policyareas\\_postingofworkers](http://www.ebc-construction.eu/index.php?id=policyareas_postingofworkers).

(27) M. MORSA, « Le détachement des travailleurs ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux », *J.T.T.*, 2014, pp. 177-193.

(28) Art. 12.1 de la directive 2014/67/UE.

(29) Art. 12.2 de la directive 2014/67/UE.

(30) M. JAOUEN, « La responsabilité solidaire en matière de sous-traitance dans la nouvelle directive "détachement" : un progrès en demi-teinte », *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 165.

(31) Commission staff working document, *Impact Assessment accompanying the document – Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, SWD(2016) 52 final, 8.3.2016, p. 14.

(32) *Ibid.*, pp. 25-26.

(33) Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI) alinéa 21.



des entraves à la libre circulation<sup>(34)</sup>. Le principe de concurrence régnait ainsi en maître mot sur le système européen des marchés publics<sup>(35)</sup>. La préoccupation principale des premières directives était de réglementer les relations entre les adjudicateurs et les acteurs économiques avec lesquels un contrat allait potentiellement être conclu. Les autres acteurs économiques participant à la réalisation ou à la fourniture économique ou matérielle des ouvrages, biens et services étaient omis, dans la mesure où aucune relation juridique ne se nouait entre les pouvoirs publics et ces derniers. Le phénomène de sous-traitance était ainsi largement ignoré de ces premières directives, qui instaurent donc essentiellement un modèle néolibéral de marchés publics.

La directive 2004/18 mentionna, quant à elle, seulement brièvement la technique de la sous-traitance mais sans y consacrer de règles détaillées. Son article 25 prévoyait en effet uniquement que :

« [d]ans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal ».

La situation changea lors de la réforme des directives entreprise en 2011, réforme qui mena à l'adoption de la directive 2014/24 qui nous occupe. Dans un premier temps, la Commission européenne n'entendait pas modifier la disposition relative à la sous-traitance. Néanmoins, au fil des négociations, le texte de la directive finit par englober des considérations sociales. Ainsi, un lien indirect fut établi avec la directive « travailleurs détachés » par le biais de l'alinéa 37 du préambule de la directive 2014/24. Celui-ci précise l'articulation préconisée entre la politique sociale et les marchés publics :

« [a]fin que les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail

soient prises en compte de manière appropriée dans les procédures de passation de marchés publics, il importe tout particulièrement que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail qui s'appliquent au lieu où les travaux sont exécutés ou les services fournis, et qui découlent de lois, règlements, décrets et décisions en vigueur au niveau national et au niveau de l'Union, ainsi que de conventions collectives, à condition que ces règles et leur application soient conformes au droit de l'Union. De même, les obligations découlant des accords internationaux [...], devraient s'appliquer lors de l'exécution du marché. Toutefois, cela ne devrait en aucune manière faire obstacle à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs.

Il convient que les mesures pertinentes soient appliquées dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres ».

Un lien est ainsi établi entre les systèmes des directives « marchés publics » et « travailleurs détachés ». Sur le plan des principes, cette formule exprime la place qu'occupe le détachement dans l'architecture européenne : lorsque les États membres prennent des « mesures pertinentes » (ancrées dans une logique pro-sociale), ils doivent respecter la directive « travailleurs détachés », à savoir un ensemble d'exigences posées pour favoriser en priorité la libre prestation de service transnationale. Néanmoins, la concrétisation pratique de ces principes reste floue : comment articuler ces exigences avec l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement et l'absence de

(34) Directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés de fournitures ; directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ; directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(35) A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.



discrimination entre travailleurs nationaux et non-nationaux ?

Quant au dispositif de la directive « marchés publics », il ne livre par ailleurs aucune précision<sup>(36)</sup>, sur les modalités d'articulation de ces principes dans les aspects spécifiques des marchés publics où la question de leur articulation surgit. Ainsi, la disposition consacrée à la sous-traitance, l'article 71, n'établit aucun lien avec le détachement des travailleurs ni ne définit la notion de « sous-traitance ». Dans son principe, l'article 71.1 confie aux États membres la tâche d'établir les mesures appropriées pour que les sous-traitants respectent les mêmes obligations sociales et environnementales que celles que les opérateurs économiques doivent respecter dans l'exécution des marchés publics<sup>(37)</sup> (voy. le texte de l'article 71 en annexe à la présente contribution). La sous-traitance est conçue comme un mécanisme facilitant l'ouverture de la commande publique aux PME qui, sans les techniques de sous-traitance, ne pourraient pas concourir favorablement avec des entreprises plus importantes<sup>(38)</sup>. Néanmoins, l'article 71 est relativement limité quant à sa portée : il consolide des techniques qui étaient acceptées ou constituaient déjà de bonnes pratiques de la part des autorités publiques sous le régime antérieur<sup>(39)</sup>. Dès lors, la plus-value de l'article 71 consiste surtout à consolider et sécuriser ces pratiques. L'article 71 est en effet formulé de manière extrêmement permissive. La plupart de ses alinéas énoncent des possibilités pour les États membres (en particulier le paiement direct des sous-traitants par le maître de l'ouvrage, les règles de responsabilité, les secteurs concernés par certaines mesures prises en vertu de l'article 71, etc.). Une seule obligation est réellement introduite, à savoir l'obligation pour les adjudicateurs d'exiger l'identification par le contractant principal des sous-traitants participant aux travaux dans le cadre des marchés de travaux et les services qui doivent être fournis dans un local placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur. Toute modification de ces sous-traitants doit également être communiquée (article 71.5).

Ainsi, l'article 71 illustre la manière dont les modèles de gouvernance s'enchevêtrent dans les marchés publics. Il participe en effet d'un ensemble plus large de dispositions inscrites dans la directive 2014/24 qui affectent la logique de concurrence au cœur de la réglementation des marchés publics, pour chercher à l'articuler avec des considérations de nature sociale et environnementale. Ainsi, la réglementation relative aux marchés publics se transforme (heureusement ou dangereusement, selon les opinions sur le sujet) pour en faire aussi un instrument au service du développement durable. De cette manière, le modèle de marché public embrassé par la directive 2014/24 s'éloigne du modèle néolibéral originaire. Le nouveau modèle qui le remplace est en cours de développement, oscillant entre le modèle de gouvernance étatique et le modèle de gouvernance globale. Néanmoins, une distinction entre la réglementation européenne et la réglementation nationale s'impose. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 71 pose un cadre normatif très permissif, qui ouvre la voie à des positions nationales susceptibles de varier d'une absence de réglementation interne (les paragraphes 3, 5 et 6 sont totalement facultatifs, de sorte que leur non-activation ouvre la porte à un modèle de gouvernance globale) à une réglementation beaucoup plus détaillée par les États membres (ce qui ouvre la porte vers un modèle de gouvernance étatique).

### 1.3 SUBSTITUTION RÉGULATOIRE AU NIVEAU EUROPÉEN ?

Nous avons vu qu'un lien existe entre les directives « travailleurs détachés » et « marchés publics ». On ne peut toutefois pas conclure à une substitution régulatoire de la réglementation en matière de détachement des travailleurs par la réglementation des marchés publics, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la directive « marchés publics » se borne essentiellement à indiquer une porte, qui peut ou non être ouverte par les États membres, pour développer un régime applicable à la sous-traitance dans les marchés publics. Bien plus, il

(36) L'alinéa 105.3 du préambule de la directive 2014/18 établit un renvoi peu clair à la responsabilité solidaire existant dans certains pays en matière de sous-traitance. Ce système est désormais prévu par l'article 12 de la directive 2014/67/EU, non encore adopté lors de l'adoption de la directive « marchés publics », ce qui explique sans doute le flou entourant le lien établi à cet endroit.

(37) Sur ces obligations incombant aux opérateurs économiques au terme de l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24, voy. la contribution de Charles-Eric Clesse et Kevin Munungu ci-avant dans le présent numéro.

(38) Concl. A.G. SHARPSTON, C.J., aff. C-406/14, *Wrocław*, [30].

(39) R. CRAVEN, « Subcontracting matters : Articles 43 and 71 of the 2014 Directive », in G. OLYKKE et A. SANCHEZ-GRAELLS (dir.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 295-317.



est envisageable que cette porte ne soit ouverte que par certains États membres<sup>(40)</sup>. Dès lors, il ne semble pas qu'au niveau de l'ensemble de l'Union européenne, la directive « marchés publics » remplisse les fonctions régulatrices que les directives « déplacement des travailleurs » auraient pu remplir dans leur ensemble.

Ensuite, dans son *State of Union* de 2017, le président de la Commission européenne, J.-C. Juncker, a exprimé la volonté de poursuivre le développement de la réglementation en matière de protection sociale, notamment par le développement d'une inspection du travail européenne<sup>(41)</sup>. Ceci indique que l'évolution de la politique sociale européenne suit son cours sans être *a priori* arrêtée par les mesures permises en matière de marchés publics. Au contraire, il n'est pas exclu que la réglementation en matière de marchés publics ait pu servir, en quelque sorte, d'espace de décompression temporaire, permettant à chacun des protagonistes (institutions européennes, États membres ou acteurs économiques) de réfléchir à la suite des développements en matière de protection des travailleurs. De plus, il n'est pas exclu que l'efficacité du contrôle de l'exécution des marchés publics grâce à une inspection du travail européenne et le développement d'une inspection du travail européenne travaillant sur la base des pratiques testées par les inspections nationales du travail se renforcent mutuellement. Il se pourrait donc qu'il y ait complémentarité entre les deux types de politiques plus que remplacement de l'une par l'autre.

Enfin, même si les deux premiers aspects peuvent indiquer une certaine perméabilité entre les directives « marchés publics » et les directives « travailleurs détachés », il n'en reste pas moins que leurs modalités concrètes ainsi que leur champ d'application les rendent nécessairement distinctes en pratique, même si elles peuvent se recouper. Ainsi, les deux directives visent en principe des relations contractuelles de nature différente, à savoir l'opération de sous-traitance dans les marchés publics, d'une part et l'opération de détachement des travailleurs, d'autre part. Si des questions d'articulation des deux opérations peuvent intervenir en pratique, il faut néanmoins accepter que les deux directives visent *a priori* des opérations distinctes. La réalité économique peut également compliquer l'analyse juridique.

De cette situation, il découle que le modèle de gouvernance instauré par la directive « marché public » dépend essentiellement des choix opérés par les États membres pour activer les possibilités qui leur sont offertes de réglementer (ou non) la sous-traitance dans les marchés publics. Il convient dès lors d'étudier la transposition de l'article 71 de la directive 2014/24 en Belgique afin d'approfondir l'analyse de l'hypothèse de substitution régulatoire au niveau national belge et de déterminer le type de modèle de gouvernance qui émerge en Belgique ainsi que son articulation avec le modèle de gouvernance existant antérieurement en Belgique.

## 2. Le système belge de lutte contre le dumping social dans la sous-traitance des marchés publics

Dans cette section, nous rappelons que la réglementation belge antérieure à la réforme de 2016 avait déjà encadré les pratiques de sous-traitance dans les marchés publics, de manière détaillée (2.1). Nous montrons ensuite que le législateur belge s'est saisi des possibilités ouvertes par l'article 71 de la directive 2014/24 pour préciser les obligations auxquelles les pouvoirs adjudicateurs sont soumis en cas de sous-traitance dans les marchés publics (2.2). Nous mettons ensuite en évidence que l'efficacité du système requiert la mise en place de techniques administratives sophistiquées (2.3). Dans leur ensemble, ces obligations réglementaires ainsi que ces techniques administratives suggèrent la porosité entre la politique sociale et les marchés publics comme instruments de politique publique. Il y a donc bien un développement des techniques de régulation au niveau belge afin de renforcer l'efficacité du système de lutte contre le dumping social dans le cadre de la sous-traitance de marchés publics. Par contre, il convient de nuancer l'idée selon laquelle les objectifs de protection sociale auraient été substitués à la logique de concurrence lors de la transposition de la directive 2014/24 en Belgique (2.4).

### 2.1 HISTORIQUE DU SYSTÈME

En Belgique, la sous-traitance a été pratiquée largement dans les marchés publics de tout

(40) Il conviendra de vérifier ce point si et lorsque la Commission européenne publiera un rapport sur l'état de transposition des directives « marchés publics » dans les États membres.

(41) <https://www.euractiv.fr/section/economie/news/commission-wants-new-eu-labour-authority-to-crack-down-on-worker-abuse/> (*Annual State of Union*, Strasbourg, 13 September 2017). Le système actuel de coordination des inspections du travail



temps<sup>(42)</sup>. Des questions de droit des obligations surgirent pour déterminer les relations juridiques entre l'adjudicateur, le contractant principal et les sous-traitants. Par exemple, le sous-traitant peut-il exiger la réception des travaux par l'adjudicateur ? Le contractant principal peut-il appeler en garantie l'adjudicateur ? Ce type de questions incita l'administration à développer des techniques pour contrôler « à distance » les pratiques de sous-traitance. Ainsi, à partir des années 1950, l'administration exigea que les sous-traitants soient des entreprises agréées pour effectuer les travaux. L'agrément des entrepreneurs permettait de s'assurer que ces derniers disposent de connaissances de base (notamment dans les domaines techniques, juridiques, comptables etc.) afin de mener leurs affaires jusqu'au bout<sup>(43)</sup> et ainsi d'achever les travaux une fois ceux-ci entamés.

Dans les années 1970, les sous-traitants étaient des « co-traitants », c'est-à-dire des contractants choisis avec l'accord du maître de l'ouvrage. La pratique évolua même vers un système de sous-traitance imposée, à savoir un système où l'administration se réservait le choix des sous-traitants seule ou de commun accord avec l'entrepreneur principal<sup>(44)</sup>. Depuis lors, les relations économiques liées à la sous-traitance et au contrôle que souhaitent exercer les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des marchés publics ont changé. La législation belge sur les marchés publics transposant les directives européennes s'est concentrée sur le cocontractant principal. Néanmoins, des dispositions spécifiques à la sous-traitance furent incluses dans les législations transposant les directives européennes. Ainsi, par exemple, la loi

du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services comportait un article 12 qui précisait le report sur l'adjudicataire d'une série d'obligations dans ses relations avec ses sous-traitants<sup>(45)</sup>. De plus, le législateur belge a progressivement consacré une attention spécifique aux conséquences négatives du recours à la sous-traitance, notamment lorsque celle-ci conduit au dumping social grâce au recours à des techniques illégales.

Les pratiques de dumping social sont non seulement problématiques pour les travailleurs et les concurrents déloyalement concurrencés, mais également pour les pouvoirs publics : des constructions effectuées à des prix bradés, ou des travaux exécutés par du personnel peu qualifié supervisé par des acteurs économiques peu soucieux de leur réputation auprès des pouvoirs publics, ne présentent pas des garanties suffisantes de qualité et de bonne exécution et, partant, de bonne utilisation des deniers publics. Depuis les années 2000, des mesures ont donc été introduites dans la réglementation belge sur les marchés publics pour éviter de telles pratiques. Relevons ici quelques illustrations.

La première illustration réside dans l'article 42 de la loi du 15 juin 2006<sup>(46)</sup> qui impose à l'adjudicataire, ses sous-traitants et à toute personne mettant du personnel à disposition sur le chantier de respecter les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles relatives au bien-être au travail, aux conditions générales de travail, à la fiscalité et à la sécurité sociale. Une responsabilité en cascade était prévue pour les marchés de travaux, mais pas pour les marchés de fournitures et de service<sup>(47)</sup>.

au niveau européen est le Comité des hauts responsables de l'inspection du travail (CHRIT) (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=148&langId=en&intPagelD=685>).

(42) M.-A. FLAMME, *Les marchés de l'administration – Contrats et fournitures de travaux publics*, Bruxelles, Bruylant, 1955, n° 254-277, se référant notamment à de la jurisprudence belge du XIX<sup>e</sup> siècle sur le sujet.

(43) *Ibid.*, n° 82. Sur l'historique du système d'agrément en Belgique, voy. en particulier le n° 67 (*Ibid.*). L'idée de développer ce système germa en Belgique dans les années 1930 au sein des organisations professionnelles. Elle cherchait à rencontrer une double préoccupation : tout d'abord, « mettre les entrepreneurs sérieux à l'abri des confrères fantaisistes, incorrects ou incapables » et ensuite, « assurer à l'administration les garanties optimales de bonne exécution des travaux qu'elle entreprend ». C'est une circulaire n° 506-48 du 8 juin 1955 qui introduisit l'obligation d'insérer une clause dans le cahier spécial des charges pour imposer que les sous-traitants soient titulaires de l'agrément (voy. n° 260, *Ibid.*).

(44) A. DELVAUX, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilité », *L'Entreprise et le Droit*, 2005, pp. 107-126 ; X. CLOSE et E. BERTRAND, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *L'Entreprise et le Droit*, 2011, p. 61. Des traces de ce système perdurent dans le système issu de la loi du 17 juin 2016 et ses arrêtés d'exécution. Ainsi l'article 12, § 2, de l'A.R. du 22 juin 2017 prévoit l'obligation pour l'adjudicataire de recourir à un ou des sous-traitants déterminés « lorsque l'adjudicateur impose à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants. Le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur ».

(45) M.B., 22 janvier 1994. Ainsi le § 1<sup>er</sup> précisait notamment que « [l']adjudicataire d'un marché public de travaux est tenu : 1° de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit [...], toutes dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles aussi bien en matière de sécurité et d'hygiène qu'en ce qui concerne les conditions générales de travail, que celles-ci résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan national, régional ou local ; 2° de respecter et de faire respecter par ses propres sous-traitants [...] toutes dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles en matière fiscale et de sécurité sociale ; [...] ».

(46) Loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 15 février 2007.

(47) Voy. à ce sujet la contribution d'Amaury Mechelynck et Maxime Vanderstraeten dans le présent numéro spécial.



Une deuxième illustration se rapporte à la réglementation des offres anormalement basses. Dans le cadre du système instauré en 2011 pour transposer la directive 2004/18, il est arrivé que l'offre d'un soumissionnaire soit considérée comme anormalement basse en raison du prix demandé par son ou ses sous-traitants. Néanmoins, le Conseil d'État n'a pas accepté cette pratique<sup>(48)</sup>. Selon la haute juridiction administrative, il convenait que le prix du sous-traitant lui-même fasse l'objet d'une analyse appropriée, concrète et détaillée avant de pouvoir être déclaré anormalement bas<sup>(49)</sup>.

Enfin, la Région de Bruxelles-Capitale a également souhaité établir un régime spécifique de clauses sociales dans les marchés publics<sup>(50)</sup>. Certaines de ces clauses ont pour objet de favoriser la sous-traitance au profit d'entreprises de l'économie sociale<sup>(51)</sup>.

La lutte contre la fraude sociale a pris une importance politique croissante et a été inscrite au programme du gouvernement fédéral en 2014<sup>(52)</sup>. Cette priorité politique témoigne de l'ampleur prise par le dumping social et de la menace qu'il représente pour l'économie et l'emploi belges<sup>(53)</sup>.

## 2.2 CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE ACTUEL :

### LE DOUBLE PARADIGME DE LA CONCURRENCE « EFFECTIVE » ET DE LA CONCURRENCE « LOYALE »

La réglementation belge de la sous-traitance issue de la transposition de la directive 2014/24 trouve son cadre législatif dans la loi belge du 17 juin 2016. Cette dernière donne une place centrale à la notion de concurrence, conformément au droit européen. En particulier, l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la loi énonce un principe que l'on pourrait

dénommer « principe de concurrence effective ». Ainsi, transposant l'article 18.1, alinéa 2, de la directive 2014/24<sup>(54)</sup>, cet article prévoit qu'

« [u]n adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques. Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence ».

Cette disposition reflète également les orientations prises dans le cadre de la politique fédérale relative à la lutte contre la fraude sociale. En 2015, le SPF Économie a en effet adopté un plan pour la « concurrence effective », en particulier dans le secteur de la construction<sup>(55)</sup>. Cette notion de concurrence effective se traduit dans la réglementation belge sur les marchés publics par un système qui vise à combattre le « développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement [qui] aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs »<sup>(56)</sup>. L'objectif de développer une concurrence « effective » est donc lié à la volonté de lutter contre la concurrence « déloyale ». La logique économique de la concurrence doit être limitée par une éthique des relations concurrentielles. Il revient à la réglementation d'encadrer les comportements des acteurs économiques afin de donner plein effet à une concurrence qui ne soit pas faussée par des pratiques de dumping social.

(48) Art. 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011 et rapport au Roi le précédant ; C.E., 12 mai 2011, n° 213.205, *NV Frans Maes* ; C.E., 30 juin 2011, n° 214.349, *NV Bouwbedrijf VMG-De Cock* ; C.E., 31 mars 2017, n° 237.894, *SA TRBA*.

(49) A. VANDEBURIE et L. MONTELLIER, « La pratique de la sous-traitance et de la cotraitance dans les marchés publics », *L'Entreprise et le Droit*, 2016, pp. 24-57, spéc. p. 46.

(50) Ordonnance R B-C du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics, *M.B.*, 6 juin 2014.

(51) Art. 7.

(52) *Accord de gouvernement*, point 3.4 (dont le point 3.4.4. concerne directement la fraude sociale transfrontalière) ([http://www.premier.be/sites/default/files/articles/accord\\_de\\_gouvernement\\_-\\_Regeerakkoord.pdf](http://www.premier.be/sites/default/files/articles/accord_de_gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf)).

(53) Philippe Pivin, MR : « *Het is u zeker bekend dat bepaalde Europese regels met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers in ons land problemen veroorzaken. Volgens recente cijfers van de Confederatie Bouw zijn er sinds 2011 19.000 jobs verloren gegaan in de sector en zullen er in de komende jaren nog eens 26.000 jobs sneuvelen* ». (Ch., réponse du ministre des Classes moyennes, des Indépendants, des PME, de l'Agriculture, et de l'Intégration sociale du 4 avril 2016). Les associations professionnelles – en particulier dans le secteur de la construction – se sont également mobilisées et plusieurs questions parlementaires indiquent l'actualité de la problématique (VI. Parl., 26 janvier 2017, question écrite n° 151 de J. Vandenbroucke en date du 26 janvier 2017 à G. Bourgeois).

(54) Cette disposition prévoit que : « [u]n marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques ».

(55) <http://ducarme.belgium.be/sites/default/files/articles/Plan%20concurrentie%20Bouwsector.pdf>.

(56) Rapport au Roi de l'A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2013 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.



Ces objectifs politiques se retrouvent dans la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui établit un système encadrant la sous-traitance dans l'objectif déclaré de lutter contre le dumping social<sup>(57)</sup>. L'article 7 de la loi est à cet égard éclairant. Alors que l'article 42 de la loi du 15 juin 2006 énumérait simplement les obligations s'imposant à l'entrepreneur principal, obligations envisagées au titre de conditions d'exécution des marchés publics<sup>(58)</sup>, l'article 7 érige parmi les principes généraux qui doivent régir l'ensemble des marchés publics, le principe selon lequel :

« [I]es opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail [...]. Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché ».

Plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, les travaux préparatoires de la loi pointent la lutte

contre le dumping social, en particulier dans la sous-traitance dans le domaine de la construction, comme un élément important de la transposition de la directive 2014/24 en Belgique<sup>(59)</sup>. Ensuite, la loi du 17 juin 2016 ne donne pas de définition de la sous-traitance. Il faudra donc recourir à la définition qui lui est habituellement donnée par la doctrine<sup>(60)</sup>, à savoir « l'opération par laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, tout ou partie de l'exécution d'un contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage à un tiers »<sup>(61)</sup>. La loi régit par ailleurs peu la sous-traitance dans les marchés publics de manière directe. Elle recourt à la délégation au Roi<sup>(62)</sup>.

Brièvement, la nouvelle réglementation belge établit un ensemble de techniques visant à lutter contre la fraude sociale dans la sous-traitance des marchés publics qui peut être résumé comme comprenant les techniques suivantes<sup>(63)</sup> :

- 1) la transparence accrue des chaînes de sous-traitance ;
- 2) la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ;
- 3) l'interdiction faite à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été attribué et la limitation des chaînes de sous-traitance ;
- 4) le respect obligatoire par les sous-traitants de la réglementation relative à l'agrément des entrepreneurs pour les marchés de travaux, et ce à tous les stades de la chaîne de la sous-traitance<sup>(64)</sup>.

(57) Loi relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

(58) Voy. la contribution de Charles-Eric Clesse et Kevin Munungu ci-avant dans le présent numéro spécial.

(59) *Doc. parl.*, Ch., session 2015-2016, *projet de loi relatif aux marchés publics*, 4 janvier 2016, document 1541/001, p. 139.

(60) Pour une analyse détaillée en droit privé, voy. W. GOOSENS, *Aanneming van werk : Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, la Charte, 2003 ; CDVA, *La sous-traitance*, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003 (en particulier : B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Théorie générale des obligations et sous-traitance », pp. 25-104).

(61) Cette définition est basée sur celle fournie par W. GOOSENS, « Onder- en nevenaanneming », in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS et A. VERBEKE (dir.), *Handboek Bouwrecht*, Antwerp, Intersentia, 2004, pp. 478-487, spéc. p. 478 : il est question d'un contrat de sous-traitance « indien een aannemer een deel van de uitvoering van de verbintenissen die hij in het kader van een private of publieke aannemingsovereenkomst heeft opgenomen, door een derde laat uitvoeren » et par A. VANDEBURIE et L. MONTELLIER, « La pratique de la sous-traitance et de la cotraitance dans les marchés publics », *L'Entreprise et le Droit*, 2016, pp. 24-57, spéc. p. 24 (notes de bas de page omises) : « l'opération par laquelle un entrepreneur confie, sous sa responsabilité, tout ou partie du contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage ». Pour une discussion de la définition de sous-traitance, plus large en droit européen qu'en droit commun des obligations, voy. S. DE LA ROSA, « L'influence grandissante des principes fondamentaux de la commande publique – À propos de l'arrêt *Borta UAB* », *R.A.E.*, 2017, pp. 343-351, spéc. p. 345.

(62) Art. 86 (exécution du marché – secteurs classiques) et art. 156 (exécution du marché – hors secteurs classiques).

(63) D'autres mesures sont également prises comme l'art. 12/4 de l'A.R. du 14 janvier 2013 : « Sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, § 1<sup>er</sup>, l'adjudicateur peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché ». Un système particulier a été instauré pour les services de gardiennage (loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière). Le rapport au Roi sous l'A.R. du 22 juin 2017 précise que l'A.R. ne porte pas préjudice à cette loi. Pour une analyse systématique du régime juridique de la sous-traitance, voy. V. DE FRANQUEN et Y. MUSSCHBROECK, « Onderaanneming in overheidsopdrachten : een analyse inzake de gunning en uitvoering », *MCP-OoO*, 2017/1, pp. 11-42.

(64) Art. 78/1 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (modifié par l'A.R. du 22 juin 2017).



Les deux premières mesures sont prévues par l'article 71 de la directive 2014/24, alors que les autres ne le sont pas<sup>(65)</sup>. Ces mesures peuvent être résumées comme suit.

### 2.2.1. *Transparence de la chaîne de sous-traitance par l'identification des sous-traitants*

La première mesure transpose l'article 71.5 de la directive 2014/24. Le pouvoir adjudicateur peut – ce n'est qu'une faculté – obliger les candidats à préciser, dans leur offre, les sous-traitants auxquels ils comptent avoir recours. Dans ce cas, l'adjudicataire ne pourra pas faire appel à d'autres sous-traitants sans obtenir préalablement l'accord du pouvoir adjudicataire<sup>(66)</sup>. En revanche, dans les marchés réalisés dans les secteurs « sensibles à la fraude »<sup>(67)</sup>, l'adjudicataire *doit*, en toute hypothèse, transmettre, au plus tard au début de l'exécution du marché, les informations suivantes à l'adjudicateur : le nom, les coordonnées et les représentants légaux de tous les sous-traitants, quelle que soit la mesure dans laquelle ils participent à la chaîne de sous-traitance et quelle que soit leur place dans cette chaîne, (participant aux travaux ou à la prestation des services), dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Il en va de même dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe de l'adjudicateur<sup>(68)</sup> (comme par exemple le marché de service de nettoyage des bureaux de l'adjudicateur). Tout changement

dans ces informations doit être communiqué immédiatement à l'adjudicateur<sup>(69)</sup>. L'idée qui sous-tend ces obligations d'information est que, grâce à elles, l'adjudicateur pourra vérifier si les dispositions relatives à la limitation de la chaîne de sous-traitance (voy., ci-dessous, la troisième mesure) et au respect de la réglementation sur l'agrément (voy., ci-dessous, la quatrième mesure) sont correctement respectées<sup>(70)</sup>.

### 2.2.2. *Vérification des motifs d'exclusion*

L'article 12/2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution (introduit par l'A.R. du 22 juin 2017 sur la base de l'article 71.6.b de la directive 2014/24) prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la présence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants<sup>(71)</sup>, selon les mêmes règles que celles applicables au co-contractant principal<sup>(72)</sup>. Ici aussi, cette faculté se mue toutefois en une obligation lorsque le marché public concerne un secteur sensible à la fraude. Normalement, l'obligation de vérification n'existe que pour le premier maillon de la chaîne de sous-traitance, et non pour les maillons ultérieurs, et ce afin de ne pas augmenter les charges administratives dans le chef des adjudicateurs. Ces derniers pourront néanmoins toujours décider d'opérer la vérification s'ils le souhaitent<sup>(73)</sup>. La vérification doit être opérée le plus rapidement possible. L'adjudicataire doit remplacer, dans un délai de 15 jours, le sous-traitant dont il détecte qu'il fait l'objet d'un motif d'exclusion (ou prouver

(65) Ici ne sont discutées que les mesures relatives à la lutte contre le dumping social à l'exclusion des autres mesures relatives à la réglementation de la sous-traitance. Notons que l'art. 71.6 (a), de la directive 2014/24 prévoit le principe de la responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal, sur le même modèle que l'art. 12 de la directive 2014/67. La Belgique a transposé l'art. 12 de la directive 2014/67 par le biais de la loi du 11 décembre 2016 (portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs) qui introduit un chapitre spécifique à la responsabilité solidaire du contractant direct pour la rémunération non payée au travailleur dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs (introduction d'un art. 35/6/1 et 35/6/2).

(66) Art. 12, § 2, al. 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013 modifié par l'A.R. du 22 juin 2017.

(67) Il s'agit des marchés suivants : 1) les marchés de travaux ; 2) les marchés de services passés dans le cadre des activités visées à l'art. 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. Ces activités sont « *les travaux ou les services définis par le Roi après avis unanime des commissions ou sous-commissions paritaires compétentes* ». Actuellement, une série d'A.R. ont été pris dans ce cadre, notamment : A.R. du 24 avril 2014 portant exécution des articles 35/1 et 35/3 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et relatifs à la responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération dans le cadre de certaines activités de transport ainsi que plusieurs A.R. en date du 17 août 2013 relatifs à certaines activités en matière de gardiennage et/ou de surveillance ; dans le secteur de la construction ; en matière d'électricité ; de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois ; de constructions métallique, mécanique et électrique ; de certaines activités d'agriculture ; de certaines activités de nettoyage ; de certaines activités horticoles ; et de certaines activités exercées dans l'industrie alimentaire et dans le commerce alimentaire.

(68) Art. 12/1 de l'A.R. du 14 janvier 2013 modifié par l'A.R. du 22 juin 2017.

(69) Art. 12/1 de l'A.R. du 14 janvier 2013 modifié par l'A.R. du 22 juin 2017.

(70) Rapport au Roi relatif à l'A.R. du 22 juin 2017.

(71) Art. 12/2, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié ultérieurement).

(72) Les motifs d'exclusion dans le chef du cocontractant principal sont notamment examinés par S. VAN GARSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 Public Sector Directive », in Y. MARIQUE et K. WAUTERS (dir.), *EU Directive 2014/24 on public procurement – A new turn for competition in public markets ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 121-138. Voy. aussi la contribution d'Amaury Mechelynck et Maxime Vanderstraeten dans le présent numéro spécial.

(73) Rapport au Roi de l'A.R. du 20 juin 2017, art. 12/2, § 2.



que des mesures correctrices ont été prises)<sup>(74)</sup>, sous peine de s'exposer à des sanctions<sup>(75)</sup>.

### 2.2.3. Exclusion de la sous-traitance totale et limitation de la chaîne de sous-traitance

La directive 2014/24 ne prévoit pas explicitement de mesures qui limitent les chaînes de sous-traitance. Néanmoins, le Roi a prévu à l'article 12/3 de l'A.R. du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'A.R. du 22 juin 2017, deux mesures qui visent à limiter ces chaînes : l'interdiction de la sous-traitance totale par un sous-traitant<sup>(76)</sup> et la limitation du nombre de maillons verticaux des chaînes de sous-traitance. Le rapport au Roi considère que la prohibition de la sous-traitance totale par un sous-traitant diffère d'une interdiction de sous-traiter qui serait imposée à l'adjudicataire. D'après le rapport au Roi, la différence consiste en l'ignorance qu'a le soumissionnaire du sort qui sera réservé à son offre. Il peut donc soumissionner à de nombreux marchés, plus nombreux que ceux qu'il peut effectivement exécuter avec ses propres ressources. Par contre, le sous-traitant lui est appelé dans la chaîne contractuelle, en général lorsque l'offre du soumissionnaire a été acceptée. L'idée est donc de dire qu'interdire au soumissionnaire de se réserver la possibilité de sous-traiter le marché le contraindrait à soumissionner à moins de marchés et limiterait donc la concurrence. Par contre, ce raisonnement ne s'appliquerait pas dans le cas du sous-traitant. L'interdiction de sous-traiter totalement imposée à un sous-traitant ne constituerait pas une entrave à l'accès au marché et contribuerait à la lutte contre le dumping social<sup>(77)</sup>. Par ailleurs – c'est la seconde mesure –, dans les secteurs sensibles à la fraude, la chaîne de sous-traitance est limitée à deux, trois ou, de manière exceptionnelle, quatre niveaux de sous-traitance<sup>(78)</sup>. L'objectif explicite de cette mesure est de combattre le dumping social. Le rapport au Roi précise en effet clairement que

les pratiques de dumping social sont, en pratique, surtout présentes dans les maillons éloignés de la chaîne contractuelle. Interdire les longues chaînes de sous-traitance permettrait donc de s'attaquer effectivement aux pratiques de dumping social.

### 2.2.4. Agréation des sous-entrepreneurs dans les marchés de travaux

Comme indiqué dans l'historique au point 2.1, la Belgique a développé depuis les années 1950 un système d'agréation des entrepreneurs pour garantir un minimum de compétences de la part de ces derniers dans la conduite de leurs affaires. Actuellement régie par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux<sup>(79)</sup>, elle est délivrée par l'administration régionale compétente sur avis de la Commission d'agréation des entrepreneurs, aux entrepreneurs qui font preuve de leur capacité technique et financière<sup>(80)</sup>. Elle est exigée de tous les sous-traitants participant à n'importe quelle étape de la chaîne contractuelle dans le cadre des marchés de travaux<sup>(81)</sup>. Cette obligation ne trouve pas de base dans la directive 2014/24<sup>(82)</sup>.

## 2.3 GARANTIR L'EFFECTIVITÉ DU SYSTÈME : L'ARCHITECTURE ADMINISTRATIVE

La mise en œuvre effective de la nouvelle réglementation adoptée en matière de sous-traitance de marchés publics nécessite que les adjudicateurs de l'ensemble du pays participent consciemment à la lutte contre le dumping social. Trois grands ensembles de mesures instaurées dans cette perspective constituent l'« architecture administrative » de la lutte contre la fraude sociale dans le cadre de la sous-traitance des marchés publics. On peut distinguer en effet un volet essentiellement pédagogique et informatif, un volet technique et un volet répressif, qui seront décrits

(74) Art. 12/2, § 1<sup>er</sup>, al. 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(75) Art. 12/2, § 4 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(76) Art. 12/3, § 1<sup>er</sup> de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(77) Voy. ci-dessous, en particulier section 3.3.

(78) Art. 12/3, § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié). L'existence d'un quatrième niveau est possible dans deux cas : « 1° lors de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et dont les conséquences ne pouvaient être obviées bien que les opérateurs économiques aient fait toutes les diligences nécessaires et pour autant que ces circonstances aient été portées par écrit à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours de leur survenance ; ou 2° moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur ».

(79) M.B., 6 avril 1991.

(80) <https://economie.fgov.be/fr/themes/entreprises/secteurs-specifiques/qualite-dans-la-construction/agregation-des-entrepreneurs>. Le site présente l'agréation comme un « label de qualité ».

(81) Art. 78/1 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (modifié par l'A.R. du 22 juin 2017).

(82) Sur l'agréation, voy. D. BATSELÉ, T. MORTIER et A. YERNA, *Réussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 543-552. Les questions particulières soulevées par ce quatrième point au regard du droit européen justifieraient qu'une analyse systématique leur soit consacrée de manière séparée.



dans un premier temps (2.3.1). Les problèmes de mise en œuvre que ces volets risquent de susciter seront ensuite épingleés (2.3.2).

### 2.3.1 Les trois volets de l'architecture administrative

#### 2.3.1.1 Le volet pédagogique et informatif

Le premier volet concerne les mesures « soft », informatives et pédagogiques prises par les pouvoirs publics, à savoir la sensibilisation des adjudicateurs par le biais de guides<sup>(83)</sup> et l'élaboration de documents contractuels « modèles » ainsi que de chartes de bonne conduite développées avec la collaboration des acteurs économiques<sup>(84)</sup>. L'attention de tous les intervenants est ainsi attirée sur le phénomène de sous-traitance et les risques qu'il implique<sup>(85)</sup>. Par exemple, le guide officiel relatif à la lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions, élaboré par la Chancellerie du Premier Ministre, reprend les grands axes de lutte contre le dumping social dans le cadre de la sous-traitance, à savoir la vérification des motifs d'exclusion, la limitation de la chaîne de sous-traitance et l'obligation de respect des conditions d'agrément par les sous-traitants. Ce guide est accompagné d'une charte, la Charte pour la lutte contre le dumping social dans les marchés publics, qui attire également l'attention sur le dumping social dans la chaîne de sous-traitance<sup>(86)</sup>. On se trouve ici à un niveau essentiellement informatif et préventif, visant à la fois une sensibilisation des entreprises susceptibles de recourir à la sous-traitance et une mobilisation

effective des outils juridiques de contrôle par les pouvoirs adjudicateurs.

#### 2.3.1.2 Le volet technique

Le deuxième volet regroupe les mesures techniques prises pour assurer l'efficacité du système de lutte contre le dumping social dans la sous-traitance. Ces mesures techniques visent à favoriser l'obtention d'informations relatives à la situation des adjudicataires et contractants des autorités publiques. Le système de vérification des informations ainsi que le contrôle et le suivi des marchés publics sont renforcés. Ainsi, une application électronique dénommée « Télémarch » permet désormais aux adjudicateurs de vérifier les données relatives à la situation sociale et fiscale des adjudicataires. Elle leur ouvre l'accès en temps réel à différentes banques de données officielles comme celles de la Banque nationale, des TVA et impôts, de l'ONSS et de la Banque centrale des entreprises<sup>(87)</sup>. Les adjudicateurs qui ne disposent pas encore d'un accès à ce système devront le demander à l'Agence pour la simplification administrative au plus tard pour le 1<sup>er</sup> mai 2018<sup>(88)</sup>. Les adjudicateurs ont également accès à la liste des entreprises agréées<sup>(89)</sup>. Comme l'identification des sous-traitants doit également être communiquée aux adjudicateurs, ces derniers vont pouvoir opérer les vérifications non seulement dans le chef de l'entrepreneur principal mais également dans le chef des sous-traitants. Le secrétaire d'État à la Lutte contre la fraude sociale a également indiqué que des outils de *datamining* allaient être développés afin de pouvoir mieux identifier les profils de

(83) Chancellerie du Premier Ministre, *Guide – Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions*, sd.

(84) Par exemple, la Région wallonne a élaboré avec la Confédération de la Construction wallonne trois types d'outils pour lutter contre la fraude sociale : (1) Des extraits de clauses à copier/coller dans les différentes parties du cahier spécial des charges ; 2) Un acte d'engagement du pouvoir adjudicateur pour promouvoir une concurrence loyale et lutter contre le dumping social, acte à annexer au cahier spécial des charges ; 3) Une déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social. Elle a publié le 28 avril 2016 un guide pratique pour promouvoir une concurrence loyale et lutter contre le dumping social (<http://www.wallonie.be/fr/publications/guide-pratique-dumping-social>). Le 30 mars 2017, elle a adopté une Circulaire sur les marchés publics relative à l'insertion de clauses visant à promouvoir la concurrence loyale et à lutter contre le dumping social dans les marchés publics et à l'obligation d'utiliser les outils wallons dans tous les marchés publics de travaux à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs wallons régionaux (*M.B.*, 27 avril 2017). La Région flamande a publié un *Vlaamse gids tegen sociale dumping bij overheidsopdrachten* (2017). La Chancellerie du Premier Ministre a au niveau fédéral publié une circulaire du 10 juillet 2017 (*Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions*).

(85) Chancellerie du Premier Ministre, *Guide précité*, point 9.

(86) Annexe au *Guide précité*, point 10.

(87) [https://finances.belgium.be/fr/experts\\_partenaires/services\\_publics/Telemarc](https://finances.belgium.be/fr/experts_partenaires/services_publics/Telemarc) ; <http://www.simplification.be/content/marche-public-telemarc>. *Add.* Art. 63 de l'A.R. du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, et son avis au Roi. Voy. également ici : <http://marchespublics.cfwb.be/fr/informations-generales/divers/telemarc/index.html> ; <http://www.simplification.be/content/marche-public-telemarc>.

(88) *Guide précité*, p. 22.

(89) Sur l'agrément, voy. le point 2.2, exigence n° 4, ci-dessus.



comportements problématiques<sup>(90)</sup>. De nouveau, le processus devrait inclure les informations relatives aux sous-traitants.

La sous-traitance présente néanmoins des défis particuliers au niveau de la collecte d'informations car elle peut conduire à des entités étrangères (opérant donc dans d'autres langues que les langues nationales belges). Elle peut aussi inclure de nombreuses entités selon des modalités variant dans le temps. Normalement, la réglementation belge devrait faciliter le contrôle pratique à ce niveau, puisque les maillons verticaux sont désormais limités dans les secteurs vulnérables à la fraude. Le nombre de maillons horizontaux n'est toutefois pas limité, ce qui induit la présence potentielle d'un très grand nombre d'entités sous-contractantes et implique des difficultés de gestion d'un nouveau type. De plus, des obligations actives d'information sont mises à charge de l'adjudicataire même en cas de changement de sous-contractants. Il faudra vérifier que ces transferts d'informations ont bien lieu et il conviendra pour l'autorité publique de s'organiser afin de vérifier systématiquement les informations qui lui sont communiquées et d'en assurer le suivi. Ce travail demandera une modification du rôle de l'autorité publique ainsi qu'un équipement (personnel, système informatique, temps, etc.) adéquat. Sauf erreur de notre part, il ne semble pas que cette charge de travail ait fait l'objet d'une estimation par contrat, par type de travaux, etc. On peut dès lors se demander si tous les pouvoirs adjudicateurs sont égaux devant les charges administratives que ce nouveau type d'obligations implique. Une fabrique d'église avec un juriste mi-temps ne semble pas se trouver dans la même position qu'un port autonome ou que la Régie des bâtiments pour assurer le suivi et la gestion des informations à contrôler. Des formes de mutualisation de certaines prestations sont en cours d'exploration ou devraient être développées pour assurer une application effective de la réglementation. La directive « marchés publics » avait prévu la possibilité pour les États membres de modaliser les obligations de vérification de l'existence de motifs d'exclusion selon le type de pouvoirs adjudicateurs ou selon le montant des

marchés en cause<sup>(91)</sup>. La Belgique a plutôt fait le choix de circonscrire les obligations aux secteurs vulnérables à la fraude.

### 2.3.1.3 Le volet répressif

Le troisième volet consiste en un ensemble de sanctions et de mesures répressives à l'encontre des contractants et sous-contractants qui se livrent à des pratiques de dumping social. La réglementation sur les marchés publics prévoit tout d'abord que tous les manquements aux clauses du marché sont constatés par un procès-verbal dressé par l'adjudicateur, dont copie est envoyée à l'adjudicataire<sup>(92)</sup>. L'adjudicataire doit réparer les manquements sans délais, mais il peut faire valoir des moyens de défense dans les quinze jours de l'envoi du procès-verbal. Les délais sont réduits à un minimum de cinq jours pour le respect des droits de la défense dans deux cas. Le premier cas concerne celui où l'adjudicateur est informé de certains types de manquements aux obligations sociales (à savoir les manquements importants au devoir de payer la rémunération aux travailleurs<sup>(93)</sup>) par les inspecteurs sociaux. Le second cas concerne la situation où l'adjudicateur constate ou est informé que des citoyens de pays tiers en séjour illégal sont employés pour l'exécution du marché public. Ces manquements peuvent avoir lieu dans le chef de n'importe quel maillon de la chaîne de sous-traitance. Il reste à voir si, et comment, ces dispositions seront mises en œuvre en pratique. *A priori*, il semble qu'un niveau étroit de collaboration soit nécessaire entre les différents services d'inspection et avec les adjudicateurs pour que ces dispositions puissent être mises en œuvre utilement. La mention expresse d'un régime spécifique pour deux cas particuliers (manquement important à l'obligation de payer la rémunération et travail de personnes en situation de séjour illégal) indique une hiérarchisation des priorités dans la lutte contre le dumping social. Le plan 2017 de lutte contre la fraude sociale mentionne de nombreuses actions pour améliorer la coopération entre services publics, mais il ne semble pas qu'il envisage l'élaboration de protocoles d'accord pour établir des articulations

(90) Secrétaire d'État à la lutte contre la fraude sociale, *Plan d'action 2017 – Lutte contre la fraude sociale*, p. 11.

(91) Art. 71.8 de la directive « marchés publics ».

(92) Art. 44, § 2 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié). Ces P.V. peuvent également être utilisés dans le cadre d'une procédure d'exclusion d'un soumissionnaire dans le cadre d'une autre procédure d'attribution de marchés publics. Voy. C.E., n° 237.911, 7 avril 2017, *BVBA Aanenmingsbedrijf Norrebehaegel*; C.E., n° 226.542, 25 février 2014, *NV Audebo*; C.E., n° 223.341, 2 février 2013, *NV Postelmans-Frederix*.

(93) Conformément à l'article 49/1 Code pénal social.



administratives entre adjudicateurs et services d'inspection<sup>(94)</sup>.

En sus, les moyens d'action mis à la disposition de l'adjudicateur dans le cadre de l'exécution des marchés publics sont également applicables dans le cadre de la sous-traitance déployée dans le cadre des marchés publics<sup>(95)</sup>. Cela signifie que l'adjudicateur peut prendre des mesures d'office (incluant la résiliation unilatérale, l'exécution en gestion propre ou encore la conclusion d'un ou de plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter) une fois que le délai prévu est expiré ou si l'adjudicataire ne fournit pas d'explications convaincantes<sup>(96)</sup>. Ce dernier peut aussi être exclu pour une période de trois ans des marchés de l'adjudicateur en cas de défaillance grave dans l'exécution du marché<sup>(97)</sup>. Ceci implique donc que ces mesures d'office pourront également être prises par l'adjudicateur à l'encontre de l'adjudicataire en cas de défaillances par rapport aux obligations en relation avec la chaîne de sous-traitance. Aucune mesure ne pourra par contre être entreprise directement à l'encontre des sous-traitants.

Enfin, il existe une obligation de dénoncer les situations de fraude sociale repérées dans les situations de sous-traitance auprès des services compétents afin qu'ils puissent enquêter sur la situation. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ayant une suspicion de fraude sociale doit en avertir les services d'inspection sociale<sup>(98)</sup>. L'article 29 du Code de procédure pénale prévoit cette obligation lorsqu'un fonctionnaire ou un officier public prend connaissance de l'existence d'un crime ou d'un délit dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Ces dispositions doivent être mises en relation avec les réformes de l'inspection du travail effectuées en Belgique pour transposer la directive 2014/67<sup>(99)</sup>. En

outre, le plan d'action 2017 de lutte contre la fraude sociale indique l'augmentation de cinquante unités du personnel de l'inspection sociale<sup>(100)</sup>, ce qui est de nature à renforcer l'activité des inspections du travail, et sans doute l'effectivité de la lutte contre le dumping social.

### 2.3.2 Pistes d'évaluation

L'efficacité concrète de ces mesures sur les moyen et long termes est difficile à apprécier puisque les arrêtés d'application y relatifs ont été adoptés dans le courant de l'année 2017. Les considérations suivantes peuvent toutefois être émises pour poser quelques jalons en vue d'une future évaluation.

Tout d'abord, la fraude sociale reste un phénomène mal documenté de par sa nature même. Dans sa proposition de directive révisant la directive « travailleurs détachés », la Commission européenne a ainsi relevé à plusieurs reprises le manque de données globales sur le sujet. En Belgique, la Cour des comptes a publié, en 2017, un rapport critique sur la transparence des mesures prises pour lutter contre la fraude sociale et le dumping social<sup>(101)</sup>. Elle y a noté que, malgré des évolutions positives relativement à la collecte des informations pertinentes pour développer une politique efficace, ces informations restent trop fragmentées et dispersées dans différents services<sup>(102)</sup>. Cette situation limite la capacité actuelle à mener une analyse globale des informations recueillies. À partir du moment où il est difficile d'avoir un panorama clair de la fraude sociale, il sera nécessairement délicat d'apprécier l'efficacité des mesures prises afin de lutter contre celle-ci. Néanmoins, il est tout à fait possible de progressivement objectiver, quantifier et cartographier le phénomène et ses évolutions, pour adapter les réponses administratives.

(94) Par exemple pour assurer le suivi concret de l'obligation prévue à l'art. 36, § 5 de l'A.R. 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui prévoit que « [l]orsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations [suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé] ».

(95) Art. 44 et suivants de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(96) Art. 47 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(97) Art. 48 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (tel que modifié).

(98) Voy. la contribution de Charles-Eric Clesse et Kévin Munungu ci-avant dans le présent numéro spécial.

(99) Voy. les explications dans M. Morsa, « Le détachement des travailleurs ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux », *J.T.T.*, 2014, pp. 177-193, spéc. pp. 190-192.

(100) Secrétaire d'État, *Plan d'action 2017*, précité, p. 2.

(101) Cour des comptes, *Plan de lutte contre la fraude sociale et le dumping social*, 2017.

(102) Sur la fragmentation des services d'inspection sociale, voy. K. SALOMEZ et J.-P. BOGAERT, « Vers un service d'inspection sociale unifié : aspects juridiques », *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 59, n° 2, « Le nouveau paysage des inspections sociales » (dir. D. DUMONT, C. NAGELS et G. VAN LIMBERGHEM), 2017, sous presse, aimablement transmis par les directeurs aux auteurs.



Dans un registre semblable, le phénomène concret de la sous-traitance en Belgique et la manière dont les chaînes contractuelles sont organisées restent actuellement peu discutés dans le cadre de l'élaboration de la réglementation. À aucun moment dans les multiples documents relatifs à la « concurrence effective », une typologie chiffrée et objective des modèles utilisés pour développer des chaînes de sous-traitance n'a été développée empiriquement ou statistiquement, de manière à pouvoir pointer les modèles « typiques » de fraude auxquels la sous-traitance pourrait donner lieu. Les sources des informations semblent ainsi assez floues, provenant des secteurs économiques concernés le plus souvent<sup>(103)</sup>, sans que des évaluations indépendantes soient produites ou rendues accessibles au public. L'absence de ce type d'informations rend la tâche des services d'inspection compliquée, puisqu'ils ne savent pas ce qu'ils doivent précisément chercher sur le terrain.

Ensuite, la sous-traitance n'est pas statique. Il peut y avoir des changements dans la chaîne de sous-traitance. Il faudra donc s'assurer que ces changements sont contrôlés et contrôlables, ce qui en pratique peut s'avérer compliqué si les entreprises concernées ne sont pas situées en Belgique, et ce malgré les obligations d'informations renforcées pesant désormais sur les adjudicataires.

Enfin, la nécessité de développer la coopération européenne est soulignée par le plan d'action contre la fraude sociale<sup>(104)</sup>. De même, la coopération à l'intérieur de la Belgique et avec les pays du Bénélux apparaît importante<sup>(105)</sup>. Le guide fédéral de lutte contre la fraude sociale mentionne à ce propos la possibilité pour les adjudicateurs de conclure un protocole de coopération avec le Service d'information et de recherche sociale (SIRS), service distinct, qui dépend directement des ministres de l'Emploi, des Affaires sociales et de la Justice, et qui doit assurer la coordination des services d'inspection dans la lutte contre la fraude sociale. Il serait utile de savoir si et comment la sous-traitance est appréhendée dans ces protocoles de coopération et de s'assurer que ceux-ci sont publiés et adaptés au fur et à mesure que le phénomène de la fraude sociale devient mieux circonscrit<sup>(106)</sup>.

(103) Ex. : dans le domaine de la construction.

(104) Secrétaire d'État, *Plan d'action 2017*, p. 16.

(105) *Ibid.*, p. 6.

(106) Un certain nombre d'arrangements internationaux sont déjà publiés. Ils ne semblent pas être régulièrement mis à jour.

(107) Sur la notion de constitution économique, voy. T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014 qui définit ce terme (dans son acceptation descriptive) comme suit : « *the key conceptual principle and institutional arrangements which may be relevant to management of the economy* ».

(108) Voy. références note 15.

## 2.4 ÉVALUATION PROVISOIRE

### DE LA SUBSTITUTION RÉGULATOIRE EN BELGIQUE

Peut-on parler de substitution régulatoire au niveau belge ? La question nous semble appeler une réponse en deux temps : certains éléments suggèrent que c'est le cas, tandis que d'autres nuancent ou relativisent cette lecture.

Dans le sens de l'hypothèse d'une certaine instrumentalisation de l'outil de la commande publique à des fins sociales, on peut considérer que la Belgique s'est engouffrée dans la porte entrouverte par l'article 71 de la directive « marchés publics » : elle a ainsi limité les chaînes de sous-traitance et imposé des obligations pour les rendre plus transparentes et elle a développé un système administratif visant à assurer l'application effective de la législation sociale dans la chaîne de sous-traitance des marchés publics. On observe un développement réel de la régulation de la sous-traitance, et ce aux niveaux préventif et répressif, ainsi qu'une tentative de mieux coordonner les services impliqués dans la lutte contre le dumping social dans le cadre de la sous-traitance des marchés publics. Néanmoins, ce constat doit être nuancé lorsque l'on examine si ce développement de la régulation en vient à substituer les objectifs de protection sociale à la logique classique de concurrence.

Tout d'abord, la finalité sociale des marchés publics est ancrée dans la constitution économique du pays<sup>(107)</sup>, comme un moyen reconnu comme légitime par les acteurs économiques, sociaux et politiques de s'assurer de l'efficacité (économique et sociale) de l'usage des deniers publics<sup>(108)</sup>. Si l'on adopte une perspective de long terme, il ne semble pas qu'il y ait une profonde discontinuité dans la réglementation belge de la sous-traitance dans le cadre des marchés publics. Il serait en effet problématique de parler de substitution régulatoire de manière générale, en omettant de rappeler que dans les années 1970-1980, le choix du sous-traitant était largement défini par le maître de l'ouvrage lui-même. Ce rappel permet de nuancer l'idée selon laquelle l'État belge serait, soudainement en 2017, devenu particulièrement interventionniste en matière de sous-traitance dans les marchés publics. L'autonomie de gestion



de l'entrepreneur principal semble en effet, au contraire, s'être accrue sur le long terme. Ainsi, s'il y a bien substitution réglementaire, elle ne s'accompagne pas de l'imposition de contraintes absolument nouvelles pour les acteurs économiques présents sur le marché belge depuis longtemps. Le système instauré en 2017 s'inscrit dans la continuité de la législation existant déjà auparavant<sup>(109)</sup>.

Enfin, pour que l'on puisse parler de substitution réglementaire, il faudrait que les positions belges à l'égard des directives « travailleurs détachés » et « détachement – exécution » n'aient pas été écoutées : la Belgique se serait ainsi rabattue sur la transposition de la directive « marchés publics » pour obtenir la mise en œuvre de ses préférences. Il est compliqué, dans le cadre spécifique de la directive « détachement – exécution », de tracer l'ensemble des revendications de chaque État membre et de vérifier si chacune de ses positions a été validée. Néanmoins, on peut brièvement indiquer que la Belgique faisait partie du groupe d'États (avec la France et l'Allemagne) pour qui deux mécanismes étaient importants dans le cadre de la directive « détachement – exécution ». Le premier mécanisme relevait de l'acceptation d'une liste ouverte de contrôle sur les opérations de détachement (art. 9) et le deuxième mécanisme concernait la possibilité d'une responsabilité solidaire du contractant (art. 12)<sup>(110)</sup>. Or, ces deux points ont été consacrés par la directive « détachement – exécution ». Il est donc difficile de voir en quoi la Belgique recourrait à la réglementation relative aux marchés publics pour arriver à ses fins. De plus, les négociations politiques continuent pour réviser la directive « travailleurs détachés ». Il semble dès lors plus approprié de considérer que la Belgique utilise la réglementation en matière de marché public non pas comme substitut à la réglementation sur le détachement des travailleurs, mais plutôt comme complément à la réglementation en matière de détachement des travailleurs. En quelque sorte, il s'agit pour la Belgique de développer un cadre cohérent applicable à la protection des travailleurs, qu'ils soient employés dans le cadre de marchés publics ou en dehors de ceux-ci. Reste à voir si la Cour de justice de l'Union européenne est susceptible d'accepter l'approche retenue par la Belgique dans le cadre de sa transposition de la directive 2014/24.

### 3. Évaluation de la conformité du système belge au regard du droit européen : vers une possible juxtaposition des principes de concurrence « effective » et de concurrence « loyale »

La Belgique a donc développé un système sophistiqué de lutte contre le dumping social dans la sous-traitance des marchés publics, tant au niveau des obligations qui doivent être respectées au regard de la réglementation des marchés publics qu'au niveau des mesures préventives, techniques et répressives développées pour garantir le respect effectif de ces obligations. Elle a saisi les possibilités ouvertes par la directive 2014/24 afin de réglementer la sous-traitance dans les marchés publics.

Pour rappel, l'alinéa 105 du préambule de la directive précise que les mesures nationales doivent être « appropriées » et « conformes au droit de l'Union européenne ». Or, des mesures nationales relatives à la sous-traitance des marchés publics ont fait l'objet d'une jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, décisions qui s'inscrivent dans le contexte politique sensible exposé dans l'introduction à la présente contribution. Il convient dès lors d'examiner cette jurisprudence pour tenter d'évaluer si le système belge ne va pas au-delà de ce qui est autorisé par la directive et respecte bien les principes européens.

La présente section résume brièvement les récentes décisions de la Cour de justice relatives à la sous-traitance dans le cadre de marchés publics pour illustrer le type de contentieux que les mesures nationales limitatives de la sous-traitance font actuellement naître (3.1). Elle récapitule ensuite la jurisprudence de la Cour de justice en matière plus spécifiquement d'égalité de traitement et de proportionnalité des restrictions aux libertés de circulation, en prenant comme illustrations privilégiées les décisions préalablement discutées (3.2). Elle confronte ensuite le système belge à cette jurisprudence et se prononce prudemment sur son éventuelle conformité (3.3). Cette analyse permet de suggérer que la substitution réglementaire est limitée au niveau des moyens mobilisés (3.4).

(109) Voy. *supra*, par exemple art. 12 de la loi du 24 décembre 1993 ou encore le recours à la technique d'agrégation.

(110) S. RICHARD, « L'encadrement du détachement des travailleurs au sein de l'Union européenne », *question Europe*, n° 300, 27 janvier 2014.



### 3.1 JURISPRUDENCE EUROPÉENNE RÉCENTE EN MATIÈRE DE SOUS-TRAITANCE DE MARCHÉS PUBLICS

Parmi les récentes décisions de la Cour de justice à l'interface entre marchés publics et protection sociale, deux types de mesures nationales sont principalement contestées : tout d'abord l'exigence de payer un salaire minimal aux travailleurs et, ensuite, la limitation verticale des chaînes de sous-traitance. Les premières mesures constituent un obstacle économique à la libre circulation : si le même salaire doit être payé à tous les travailleurs, le différentiel de salaire disparaît, ainsi que les avantages compétitifs des entreprises situées dans des pays à bas salaires. Les deuxièmes mesures sont de nature à limiter juridiquement l'accès aux marchés publics dans le chef de certains acteurs économiques et donc à restreindre la concurrence.

À deux reprises, par les arrêts *Bundesdruckerei* du 18 septembre 2014<sup>(111)</sup> et *RegioPost* du 17 novembre 2015<sup>(112)</sup>, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur l'exigence d'un salaire minimal imposé dans un marché public<sup>(113)</sup>. Dans le premier arrêt (*Bundesdruckerei*), la Cour a jugé que la réglementation régionale allemande qui prescrivait, dans le cadre des marchés publics, le paiement d'un salaire minimum aux travailleurs d'un sous-traitant établi dans un autre État membre était incompatible avec le droit de l'Union, lorsque ces travailleurs exécutaient le marché en cause exclusivement dans cet État. Le litige ne concernait pas la directive « travailleurs détachés ». La ville de Dortmund avait contracté un marché public de numérisation de documents avec une entreprise, *Bundesdruckerei*, établie en Allemagne. Néanmoins, cette entreprise faisait exécuter son contrat par un sous-traitant

polonais, en Pologne, par des travailleurs polonais, qui n'allaient pas se déplacer en Allemagne. Le sous-traitant refusa de payer le salaire minimal allemand à son personnel polonais. Selon la Cour de justice, la protection des travailleurs peut constituer un motif légitime aux entraves à la libre circulation, mais il faut montrer que les mesures prises sont de nature à atteindre cet objectif et qu'elles sont proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. Ceci n'était pas le cas en l'espèce car le salaire minimal ne s'appliquait pas obligatoirement à la fois aux marchés privés et aux marchés publics. De plus, l'ensemble des prestations devait s'effectuer sur le territoire de l'État du prestataire de service et donc en dehors du territoire de l'État d'où émanait le marché public. Dans cette affaire, la Cour a donc fait prévaloir la libre circulation sur la lutte contre le dumping social (en accueillant l'idée selon laquelle les entreprises devaient pouvoir faire valoir le différentiel de salaires comme « avantage compétitif »). Elle a, ainsi, facilité la concurrence entre travailleurs.

Dans le deuxième arrêt (*RegioPost*), la Cour de justice a adopté une position différente en admettant que la participation à un marché public pouvait être subordonnée à l'engagement de verser un salaire minimum, notamment lorsqu'il y a recours à un sous-traitant. L'imposition d'un salaire minimal est compatible avec la directive 2004/18 (et a fortiori avec la directive 2014/24), tant que cette imposition constitue une condition particulière du marché, transparente et non discriminatoire visant des considérations sociales. Dans l'hypothèse où un soumissionnaire ne prend pas l'engagement de verser ce salaire minimum, il peut être exclu par l'adjudicateur. Néanmoins, cet arrêt surprend la doctrine à plus d'un titre<sup>(114)</sup>. Les commentaires relatifs à la décision portent notamment sur les

(111) C.J., 18 septembre 2014, aff. C-549/13, *Bundesdruckerei*; A. DEFOSSEZ, « Chronique de marché intérieur – La jurisprudence de la Cour de justice est-elle le principal moteur de la concurrence sociale au sein de l'Union? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 258; A. L. DURVIAUX, « Chronique droit européen des marchés et autres contrats publics – Les marchés publics et le « dumping social », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 394; M. ROCCA, « Arrêt “Bundesdruckerei” : salaire minimal et prestation de services entièrement exécutée dans un autre État membre », *J.D.E.*, 2015, pp. 16-17.

(112) C.J., 17 novembre 2015, aff. C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*; M. ROCCA, « Arrêt “RegioPost” : Marché public et salaire minimal », *J.D.E.*, 2016, pp. 57-58; P. PECINOVSKY, « Evolutions in the social case law of the Court of Justice : the follow-up cases of the Laval quartet : ESA and RegioPost », *European Labour Law Journal*, 2016, 7/2, pp. 294-309; A. BROWN, « The lawfulness of a regional law requiring tenderers for a public contract to undertake to pay workers performing that contract the minimum wage laid down in that law : Case C-115/14 *RegioPost* », *Public Procurement Law Review*, 2016/2, NA49-NA55.

(113) Pour des commentaires de ces deux décisions, voy. E. WILLEMART, « Le respect du salaire minimum dans les marchés publics : Des arrêts *Rüffert*, *Bundesdruckerei* et *RegioPost* de la Cour de justice de l'Union européenne à la transposition des directives de 2014 », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUL (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 29-62; F. COSTAMAGNA, « Minimum wage between public procurement and posted workers : anything new after the *RegioPost* case? », *European Law Review*, 2017, 42/1, pp. 101-111.

(114) Voy. le compte-rendu d'une conférence sur la décision tenue à Bristol en mai 2016 disponible sur : [http://www.howtocrackanout.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference\\_](http://www.howtocrackanout.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference_) à contraster avec M. ROCCA, « Arrêt “RegioPost” : Marché public et salaire minimal », *J.D.E.*, 2016, pp. 57-58.



aspects suivants<sup>(115)</sup>. Tout d'abord, le revirement de jurisprudence de la Cour, par rapport à ses décisions précédentes, notamment *Bundesdruckerei* et *Rüffert*, est inexplicable et mystérieux, même si la Commission européenne considère, quant à elle, que l'arrêt *RegioPost* contribue à clarifier la situation<sup>(116)</sup>. Ainsi, la Cour écarte l'argument selon lequel un système différent s'applique pour les marchés publics et les marchés privés<sup>(117)</sup>. Ensuite, la décision semble confuse sur les relations existant entre les directives « marchés publics » et la jurisprudence *Rüffert*. Enfin, la solution retenue dans l'arrêt risquerait d'engendrer de possibles violations des règles en matière d'aide d'État<sup>(118)</sup>.

Dans les arrêts *Wroclaw* du 14 juillet 2016<sup>(119)</sup> et *Borta* du 5 avril 2017<sup>(120)</sup>, tous deux rendus sur les conclusions de l'avocate générale Sharpston, la Cour de justice s'est à nouveau prononcée sur l'admissibilité de mesures d'encadrement de la sous-traitance. Dans l'affaire *Wroclaw*, le cahier des charges du marché public de construction d'une rocade à Wroclaw, en Pologne, prévoyait que le soumissionnaire aurait l'obligation d'exécuter par ses propres moyens au moins 25 % des travaux faisant l'objet du marché. Dans l'affaire *Borta*, le cahier des charges d'un marché public de construction d'un port en Lituanie n'exigeait pas une proportion prédéterminée dans l'exécution du contrat par chaque partenaire mais la liait à la contribution de l'expérience professionnelle que chaque partenaire annonçait lui-même dans les documents de passation du contrat.

Dans les deux cas, la Cour de justice a considéré que ces clauses étaient contraires au droit européen. Dans l'affaire *Wroclaw*, la Cour a considéré que la clause qui « impose des limitations au recours à des sous-traitants pour une part du marché fixée de manière abstraite à un certain pourcentage de celui-ci, et ce indépendamment de la possibilité de vérifier les capacités des éventuels sous-traitants et sans aucune mention relative au caractère essentiel de tâches qui seraient concernées », est incompatible avec la directive 2004/18. En effet, l'article 48, paragraphe 3, de cette directive permettait aux soumissionnaires de prouver qu'ils satisfaisaient aux conditions de capacités techniques et professionnelles fixées par le pouvoir adjudicateur en recourant à des entités tierces (donc des sous-traitants) sans que cette possibilité soit limitée<sup>(121)</sup>. Dans l'affaire *Borta*, la Cour a considéré que la limitation de la sous-traitance en cause allait au-delà de ce qui est nécessaire par rapport à l'objectif poursuivi, car elle était formulée de manière trop générale et ne prenait pas en considération le secteur économique, la nature des travaux ou les qualifications des sous-traitants<sup>(122)</sup>. Dans les deux décisions, la Cour a vérifié le lien concret et réel de nécessité entre la mesure nationale (ou la clause du contrat) limitant la sous-traitance et l'objectif légitime invoqué. Elle a rejeté les limitations abstraites aux possibilités de sous-traitance ou les limitations qui ne sont pas de nature à atteindre leur objectif. La Cour a vérifié si des mesures alternatives moins restrictives étaient envisageables<sup>(123)</sup>.

(115) E. WILLEMART, « Le respect du salaire minimum dans les marchés publics : Des arrêts *Rüffert*, *Bundesdruckerei* et *RegioPost* de la Cour de justice de l'Union européenne à la transposition des directives de 2014 », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUL (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 29-62 ; M. ROCCA, « Arrêt "RegioPost" : Marché public et salaire minimal », *J.D.E.*, 2016, pp. 57-58 ; P. PECINOVSKY, « Evolutions in the social case law of the Court of Justice : the follow-up cases of the Laval quartet : ESA and RegioPost », *European Labour Law Journal*, 2016, 7/2, pp. 294-309 ; A. BROWN, « The lawfulness of a regional law requiring tenderers for a public contract to undertake to pay workers performing that contract the minimum wage laid down in that law : Case C-115/14 *RegioPost* », *Public Procurement Law Review*, 2016/2, NA49-NA55 ; F. COSTAMAGNA, « Minimum wage between public procurement and posted workers : anything new after the *RegioPost* case ? », *European Law Review*, 2017, 42/1, pp. 101-111.

(116) Commission staff working document, *Impact Assessment – Accompanying the document – Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, SWD(2016) 52 final, 8.3.2016, p. 19.

(117) C.J., 17 novembre 2015, aff. C-115/14, *RegioPost*, [63]-[66].

(118) A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and state aid implications of "public" minimum wage clauses in EU public procurement after the *RegioPost* judgement », in A. SANCHEZ-GRAELLS (dir.) *Smart public procurement and labour standards – Pushing the discussion after RegioPost*, Oxford, Bloomsbury, 2018 (sous presse).

(119) C.J., 14 juillet 2016, aff. C-406/14, *Wroclaw*.

(120) C.J., 5 avril 2017, aff. C-298/15, *Borta UAB*. Dans cette affaire, les directives sur les marchés publics n'étaient pas d'application. Néanmoins, le litige concernait une situation qui pouvait influencer les échanges intra-européens. De plus le gouvernement lituanien estimait que la mesure contestée s'inscrivait dans la lignée des discussions qui avaient mené à l'adoption de l'art. 79.3 dans la directive 2014/25, article relatif à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'exiger que « certaines tâches essentielles » soient effectuées directement par le soumissionnaire (et donc la possibilité d'exclure la sous-traitance pour ces tâches) (conclusions de l'avocat général Sharpston, [48]). S. DE LA ROSA, « L'influence grandissante des principes fondamentaux de la commande publique – À propos de l'arrêt *Borta UAB* », *R.A.E.*, 2017, pp. 343-351.

(121) L'article 58 de la directive 2014/24 relatif aux critères de sélection ne reprend pas la possibilité pour le soumissionnaire de prouver qu'il satisfait aux conditions techniques et professionnelles par le recours à une autre entité.

(122) *Borta*, [55].

(123) *Borta*, [57].



Dans *Borta*, la Cour a aussi insisté sur le fait que « dans les marchés publics, il est de l'intérêt de l'Union que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit le plus large possible. [...] Le recours à la sous-traitance, qui est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, contribue à la poursuite de cet objectif »<sup>(124)</sup>.

Or, des clauses comme celles discutées dans l'affaire en question pouvaient entraver la réalisation de cet objectif.

Ces quatre décisions permettent de mettre en évidence les solutions plus ou moins créatives apportées par les États membres à des questions relativement semblables. Il semble que la localisation des prestations sur le territoire de l'État où le marché public est passé ainsi qu'un régime applicable aussi bien aux marchés publics que privés soient des éléments potentiellement pertinents dans le raisonnement de la Cour de justice. De plus, cette dernière reconnaît une grande importance à l'adéquation concrète des exigences particulières imposées par un adjudicateur par rapport aux spécificités du marché public en cause. Les hésitations des États et la jurisprudence évolutive de la Cour de justice indiquent le besoin de clarification politique de l'articulation entre les logiques de concurrence et de protection sociale au sein des marchés publics. Les lignes suivantes proposent une lecture prudente des tendances générales qui se dégagent de cette jurisprudence.

### 3.2 AU-DELÀ DU TEST DE PROPORTIONNALITÉ, LA RÉALITÉ CONCRÈTE DE LA CONCURRENCE EFFECTIVE ?

Le principe d'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives en matière de marchés publics. En effet, ces directives

visent à favoriser le développement d'une concurrence effective et, pour ce faire, énoncent des critères d'attribution tendant à garantir une telle concurrence<sup>(125)</sup>. À ses côtés, le principe de proportionnalité prend toutefois de plus en plus d'importance dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux marchés publics<sup>(126)</sup> et est à présent expressément repris dans l'article 18.1 de la directive « marchés publics » comme un principe à respecter dans le cadre de l'attribution des marchés<sup>(127)</sup>. L'application de ce principe de proportionnalité est de nature à nuancer l'application du principe d'égalité dans le cadre de la libre circulation et de la concurrence qui structure la réglementation relative aux marchés publics. En effet, le principe de proportionnalité permet aux États membres de restreindre la libre circulation dans une certaine mesure. Ainsi, les restrictions au principe de libre circulation doivent être admises lorsqu'elles poursuivent un objectif légitime d'intérêt général, lorsqu'elles sont propres à garantir la réalisation de celui-ci, lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre l'objectif et lorsqu'elles sont proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>(128)</sup>. S'il s'agit de l'ensemble du raisonnement permettant à la Cour de vérifier que les mesures nationales sont bien justifiées, il est rare, on le sait, que la Cour procède de manière systématique à l'examen de chacun des éléments. Elle se concentre généralement sur les aspects les plus pertinents dans chaque cas d'espèce.

Les différentes décisions discutées sous le point 4.1. montrent que le cadre d'évaluation de la compatibilité des mesures nationales avec le droit européen primaire (en l'occurrence l'article 56 TFUE) et le droit européen secondaire (les directives « travailleurs détachés » et « marchés publics ») est incertain et pour le moins fluctuant. Ainsi, *Borta* invoque expressément le principe de

(124) *Ibid.*, [48].

(125) *RegioPost*, concl. av. gén. P. Mengozzi, renvoyant aux affaires *Concordia Bus Finland* (C-513/99, point 81) et *Fabricom* (C-21/03 et C-34/03, point 26).

(126) C.J., 16 décembre 2008, aff. C-213/07, *Michaniki AE* (commenté par K. WAUTERS et E. LONCKE, « Hof van Justitie, nr C-213/07 », *Chroniques de droit public*, 2009, pp. 747-763); C.J., 19 mai 2009, aff. C-538/07, *Assitur*; C.J., 23 décembre 2009, aff. C-367/08, *Serratori* [40] en particulier est très clair sur les exclusions automatiques : « Une telle règle d'exclusion systématique, qui comporte également, pour les pouvoirs adjudicateurs, une obligation absolue d'exclusion des entités concernées, même dans les cas où les rapports existant entre ces dernières restent sans incidence sur leur comportement dans le cadre des procédures auxquelles elles ont participé, est contraire à l'intérêt communautaire à ce que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres et va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence [...] ». K. WAUTERS et J. GHYSELS, « Le principe de proportionnalité et l'attribution des contrats publics », in C.-H. BORN et F. JONGEN (dir.), *D'urbanisme et d'environnement – Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1107-1120; P. BOGDANOWICZ, « The application of the principle of proportionality to modifications of public contracts », *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2016 (3), pp. 194-204; A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, §§ 358-360.

(127) « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée ».

(128) C.J., 23 décembre 2009, aff. C-367/08, *Serratori*, [43]-[44].



proportionnalité et l'applique<sup>(129)</sup>. *Bundesdruckerei* applique le type de raisonnement induit par le test de proportionnalité mais sans invoquer explicitement le principe. *Wroclaw* recourt à la notion de proportionnalité mais sur une autre question soulevée par l'affaire que celle qui est discutée ici<sup>(130)</sup>. Et enfin, l'arrêt *RegioPost* n'utilise pas le principe alors qu'il s'inscrit dans une ligne d'arrêts (*Rüffert* et *Bundesdruckerei*) qui y avaient eu recours précédemment<sup>(131)</sup>. Par ailleurs, et paradoxalement, c'est le seul qui valide la mesure protectrice nationale en cause. Malgré ces fluctuations, le raisonnement suivant peut être reconstruit.

En principe, il y a restriction ou entrave à la liberté de circulation et à la concurrence en matière de marchés publics lorsque l'on est en présence « d'une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil »<sup>(132)</sup>. Dans l'arrêt *Borta*, l'avocat général a précisé ce principe de la manière suivante :

« [...] l'Union s'attache à garantir que l'ouverture d'un appel d'offres à la concurrence soit la plus large possible, même lorsque les directives en matière de marchés publics ne s'appliquent pas. Cela est dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur lui-même, qui disposera ainsi d'un choix plus large quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée à ses besoins. L'une des principales fonctions du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de son corollaire, l'obligation de transparence, est donc d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres.

La sous-traitance contribue à la poursuite de ces objectifs dans la mesure où elle est susceptible de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics et d'accroître

ainsi le nombre de candidats potentiels à l'adjudication des marchés publics »<sup>(133)</sup>.

Les restrictions à la liberté de circulation peuvent néanmoins être légales si elles passent le test de proportionnalité.

Dans cette perspective, la restriction à la liberté de circulation des personnes, biens ou services doit tout d'abord poursuivre un objectif légitime. La Cour de justice a notamment reconnu comme poursuivant un objectif légitime des mesures qui visaient à l'exécution correcte des travaux<sup>(134)</sup> ou à la promotion des PME<sup>(135)</sup>. Par contre, la poursuite de motifs d'intérêt purement économique<sup>(136)</sup> ne constitue pas un objectif légitime. En ce qui concerne les mesures restrictives qui visent la protection des travailleurs, la Cour de justice s'est montrée sévère par le passé. Ainsi, dans l'arrêt *Rüffert*, elle a adopté une conception étroite de la protection des travailleurs : elle a en effet refusé que l'obligation de respecter un salaire minimal tel que prévu dans une convention collective de travail puisse être acceptée au titre de la poursuite d'un objectif de protection des travailleurs.

Par la suite, la Cour de justice s'est montrée prudente. Ainsi, dans l'affaire *Bundesdruckerei*, elle a précisé que les mesures prises dans le cadre des marchés publics ne pouvaient atteindre l'objectif de protection des travailleurs que pour autant que les travailleurs actifs sur le marché privé bénéficient des mêmes protections. La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si la Cour de justice ne doutait pas de la réalité de l'objectif de protection des travailleurs (« à savoir [l'objectif] d'assurer que les travailleurs soient payés un salaire convenable afin d'éviter à la fois le "dumping social" et la pénalisation des entreprises concurrentes qui octroient un salaire convenable à leurs employés »<sup>(137)</sup>) et si elle ne soupçonnait pas que derrière cet objectif apparent se cache, en réalité, un objectif de protection des marchés publics<sup>(138)</sup>. Dans l'arrêt *Bundesdruckerei*, la Cour de justice donne encore une autre indication sur le

(129) *Borta*, [51].

(130) *Wroclaw*, [49].

(131) *RegioPost*, [70]-[77] sont confus sur le raisonnement exactement tenu par la C.J. pour distinguer *Rüffert* de l'affaire en cause.

(132) *Bundesdruckerei*, [30] (renvoi à l'arrêt *Rüffert*).

(133) *Borta*, concl. av. gén. Sharpston, [44]-[45] (notes omises).

(134) *Ibid.*, [53]-[55].

(135) *Ibid.*, [59] : « justification tirée de l'encouragement des petites et moyennes entreprises à participer à un marché en tant que cosoumissionnaires plutôt qu'en qualité de sous-traitants, il n'est certes pas exclu qu'un tel objectif puisse, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, constituer un objectif légitime ».

(136) C.J., 14 novembre 2013, aff. C-221/12, *Belgacom c. Integan*, [44] « des motifs de nature économique, telle la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général ».

(137) *Bundesdruckerei*, [31].

(138) A. DEFOSSEZ, « Chronique de marché intérieur – La jurisprudence de la Cour de justice est-elle le principal moteur de la concurrence sociale au sein de l'Union ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, p. 258.



type d'objectif légitime qui pourrait être invoqué, à savoir la stabilité des systèmes de sécurité sociale. Dans cette affaire, la Cour a toutefois estimé que la mesure nationale n'était pas nécessaire pour réaliser cet objectif qui avait été jugé légitime<sup>(139)</sup>. On pourrait dès lors en conclure que des mesures visant à protéger la stabilité du système de sécurité sociale soient reconnues comme poursuivant un objectif légitime. Il faudra néanmoins qu'elles passent en outre le test de « nécessité ».

La mesure doit ensuite être « nécessaire » en vue de réaliser l'objectif légitime poursuivi. Cela signifie en principe qu'il ne doit pas exister de mesures alternatives moins restrictives qui permettraient d'atteindre le même objectif<sup>(140)</sup>. Il faut que des éléments montrent la nécessité des mesures prises, comme indiqué dans l'arrêt *Borta*<sup>(141)</sup> : la charge de cette preuve incombe à l'État membre. Elle peut notamment être rapportée par des données scientifiques ou autres rapports. À cet égard, les conclusions de l'avocate générale Sharpston dans l'affaire *Borta* sont éclairantes. Elles adoptent une attitude très restrictive des limitations admissibles à la sous-traitance, « compte-tenu du rôle essentiel de la sous-traitance dans l'accomplissement des objectifs de la directive ["marchés publics"] »<sup>(142)</sup>.

Une fois les tests d'« objectif légitime » et de « nécessité » passés, la mesure concernée doit enfin satisfaire au test de « proportionnalité » au sens strict. Les conclusions de l'avocate générale Sharpston dans l'affaire *Borta* explicitent la manière d'aborder la question de savoir si une limitation de la sous-traitance est conforme au droit européen. En effet, elles indiquent que l'absence de limitation de la sous-traitance « aurait pu conduire à des offres différentes (notamment en termes de prix ou de calendrier d'exécution des travaux) »<sup>(143)</sup>. Elles mentionnent également des mesures alternatives possibles. L'avocate générale souligne que les restrictions imposées par la législation nationale en cause dans cette affaire sont :

« à la fois trop rigide(s) et trop vague(s) pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité. Bien que les pouvoirs adjudicateurs semblent bénéficier d'une certaine flexibilité lorsqu'ils définissent pour chaque marché "les travaux

principaux", la restriction au recours à la sous-traitance qui résulte de cette disposition est définie dans des termes particulièrement larges. Elle s'applique quel que soit l'objet du marché de travaux publics et elle s'impose aux pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci passent tout type de marché de travaux publics, y compris lorsque ces pouvoirs adjudicateurs peuvent considérer qu'il n'existe aucune raison évidente d'imposer une telle restriction »<sup>(144)</sup>.

Dans l'ensemble, le cadre de contrôle de la conformité du droit interne au droit européen laisse la porte ouverte à de nombreuses questions d'interprétation et de mise en œuvre. Néanmoins, certains éléments semblent particulièrement importants dans les analyses effectuées par la Cour de justice, (indépendamment d'un raisonnement qui suit strictement le test de proportionnalité) : la Cour et ses avocats généraux s'intéressent particulièrement à la réalité économique, que ce soit la réalité économique créée par les réglementations nationales (ou les documents de marché spécifiques) ou que ce soit les situations (socio-)économiques auxquelles les entités nationales doivent trouver des solutions concrètes. Le prisme général de cette approche est d'assurer que la libre circulation des personnes n'est pas affectée plus que nécessaire au regard d'un autre objectif réel qui doit être également admis comme valablement poursuivi par les autorités nationales. Dès lors, il est demandé des autorités nationales qu'elles adoptent une flexibilité dans les outils utilisés ou en tout cas examinent sérieusement des alternatives. Enfin, il doit exister une adéquation entre les moyens utilisés (les clauses et conditions développées) et l'objectif poursuivi (par exemple la bonne exécution des travaux).

Au travers de cette approche pragmatique, la Cour de justice cherche à vérifier que les mesures prises soient spécifiques et adaptées au regard des particularités des secteurs, des industries et des marchés concernés. Au lieu d'appliquer de manière systématique un même test de proportionnalité, c'est la réalité économique de préservation de la concurrence (effective<sup>(145)</sup>) qui semble avoir la primauté. Les autres conditions

(139) *Bundesdruckerei*, [35].

(140) Voy. de manière générale en matière de libre circulation des biens : aff. C-120/78, *Rewe-Zentral c. Bundesmonopolverwaltung für Banntwein*, (protection du consommateur) ; aff. C-217/99, *Commission c. Belgique* (protection de la santé publique).

(141) *Borta*, [60].

(142) *Ibid.*, concl. av. gén. Sharpston, [34].

(143) *Ibid.*, [50].

(144) *Ibid.*, [52].

(145) Soulignée notamment dans les conclusions de l'avocat général Sharpston (*ibid.*, [32]).



socio-économiques (comme le dumping social ou la protection des travailleurs) ne semblent entrer dans le raisonnement de la Cour que de manière périphérique<sup>(146)</sup>. Or, le droit primaire européen a évolué pour inclure non seulement la concurrence et la logique de marché, mais également les aspects sociaux (économie sociale de marché, qui doit néanmoins être « hautement compétitive »)<sup>(147)</sup>. La protection sociale est prise en sandwich entre les considérations économiques et semble de ce fait bénéficier de moins de considération. Une seule exception à ce schéma peut être identifiée, à savoir la mystérieuse décision *RegioPost*. Les éléments de cette décision qui pourraient être de nature à expliquer son statut d'exception dans le contexte qui nous intéresse sont les suivants : le fait que le régime particulier était prévu dans la loi assurant ainsi une transparence à la mesure au bénéfice des acteurs économiques ; et le fait que l'ensemble des prestations concernées par le marché public est localisé dans l'État membre d'où émane le marché public. La conjonction de ces indices semble de nature à convaincre la Cour de justice que des mesures qui s'inscrivent dans un tel contexte sont conformes au droit européen.

### 3.3 LES TECHNIQUES BELGES DE CONCURRENCE « LOYALE »<sup>(148)</sup> EN MATIÈRE DE SOUS-TRAITANCE DE MARCHÉS PUBLICS : UNE NOUVELLE VOIE CONFORME AU DROIT EUROPÉEN ?

Dans la section 2.2, cette contribution a présenté la panoplie des mesures prises dans le cadre de la transposition belge de la directive 2014/24 pour lutter contre le dumping social dans le contexte de la sous-traitance de marchés publics. Parmi ces mesures, trois sont conçues en termes absolus, systématiques et de portée générale : tout d'abord, l'interdiction de sous-traiter totalement dans le chef du sous-traitant ; ensuite, la limitation de la chaîne de sous-traitance à deux ou trois (voire exceptionnellement quatre) niveaux ; enfin,

l'obligation pour tous les maillons de la sous-traitance de respecter la législation sur l'agrément dans les contrats de marché de travaux<sup>(149)</sup>. Ainsi qu'on l'a vu, ces mesures ont été justifiées par la considération que certains secteurs sont particulièrement sensibles à la fraude, de sorte que les marchés passés dans lesdits secteurs peuvent souvent être entachés de fraude.

Ces mesures belges sont-elles conformes aux grandes tendances de la jurisprudence européenne ? Un certain nombre de considérations peuvent alimenter la réflexion. Au plan historique, on peut d'abord rappeler que l'approche adoptée par la Belgique dans sa transposition du droit européen est généralement de type absolu. Ensuite, on peut tenter d'évaluer comment la Cour de justice pourrait exercer son contrôle de proportionnalité dans son appréciation de la conformité du système belge au droit européen.

La Belgique est une habituée des approches absolues, systématiques et générales dans le cadre de la transposition des directives « marchés publics ». Plusieurs affaires l'illustrent. Ainsi dans l'affaire *Varec*, la question se posait de savoir si l'obligation de secret des affaires et de confidentialité était une obligation absolue ou si elle pouvait voire devait se concilier avec d'autres principes, comme le principe du contradictoire devant une juridiction. Alors que l'État belge plaidait en faveur d'une interprétation absolue de protection du secret des affaires, la Cour de justice s'est prononcée pour une approche conciliatrice des principes en présence<sup>(150)</sup>.

De même dans l'affaire *Fabricom*<sup>(151)</sup>, la Belgique avait décidé d'exclure des procédures de marché public toute personne qui avait participé à des travaux préparatoires préalables à ces marchés au nom du principe d'égalité. Elle interprétait ce principe comme obligeant à mettre tous les potentiels soumissionnaires dans une position similaire, alors que les personnes qui avaient

(146) Le fait que le manque de méthodologie de la Cour induise une suspicion de préférence pour les thèses néo-libérales est discuté par exemple par A. McCANN, « The CJEU on trial : Economic mobility and social justice », *European Review of Private Law*, 2014/5, pp. 729-768.

(147) Article 3.3 TUE.

(148) Le principe de concurrence loyale est mentionné dans la jurisprudence de la C.J. en relation avec les marchés publics (ex. : C.J., 14 février 2008, aff. C-450/06, *Varec SA c. Belgique*, [50]-[54]) tout comme dans les directives européennes (ex. : directive 2014/24, art. 50, 55 et 79, tous dans le cadre des informations à communiquer par les adjudicateurs, aux candidats et soumissionnaires) ou dans les documents du Parlement européen (ex. : Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne [2015/2255(INI)]). Néanmoins, actuellement, il s'agit d'indications relativement disparates dont il est difficile de tirer des conséquences juridiques substantielles précises et systématiques.

(149) Pour nuancer ceci, il faut néanmoins préciser que la proportionnalité fait son chemin dans la réglementation belge. Ainsi, le rapport au Roi (A.R. du 22 juin 2017) précise que certaines mesures doivent être prises dans le respect de ce principe (par exemple dans l'usage des motifs facultatifs d'exclusion d'un marché). Pour le surplus, voy. *infra*.

(150) C.J., 14 février 2008, aff. C-450/06, *Varec SA c. Belgique*, [51]-[54].

(151) C.J., 3 mars 2005, aff. C-21/03 et C-34/03, *Fabricom c. Belgique*.



participé aux travaux préparatoires des marchés publics avaient engrangé des informations qui les mettaient dans une position privilégiée. Ici, à nouveau, la Cour de Justice a adopté une position nuancée : elle considéra qu'il fallait laisser la possibilité à chaque adjudicataire de démontrer que dans les circonstances particulières du marché en cause, il ne bénéficiait pas d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence<sup>(152)</sup>.

La conformité de la réglementation belge relative à la sous-traitance dans les marchés publics pourrait être analysée par la Cour de justice soit directement au regard de la directive 2014/24, soit au regard du droit primaire (art. 56 TFEU). Il semble peu contestable que le système instauré restreigne les libertés de circulation. Les mesures adoptées peuvent-elles être admises car répondant au test de proportionnalité ? L'appréciation de cette question varie selon l'étendue du système qui sera, le cas échéant, soumis au contrôle de la Cour de justice. En effet, dans le chef du législateur belge, les différentes mesures de réglementation de la sous-traitance dans les marchés publics constituent une sorte de « système », ainsi que nous l'avons expliqué dans la section 2 : une panoplie d'obligations s'emboîtent les unes dans les autres, avec des volets préventif, informatif, répressif et d'étroite collaboration nationale et internationale. Est-ce l'ensemble de ce système qui doit être évalué au regard de son impact sur la libre circulation des personnes ? Ou sont-ce uniquement certaines des mesures qui seront testées pour leur conformité au droit européen ? Jusqu'à présent la Cour de justice ne semble avoir été appelée qu'à se prononcer sur des mesures isolées prises par les États membres. Il est donc difficile d'évaluer si la Cour de justice utiliserait le test de proportionnalité différemment si elle était amenée à se prononcer sur un système dans son ensemble, tel que celui instauré par la réglementation belge. La présente contribution se concentre ainsi sur les mesures limitatives de la chaîne de la sous-traitance. Comme cet aspect de la réglementation sur la sous-traitance dans les marchés publics ne trouve pas de fondement direct dans la directive 2014/24, il est le plus susceptible d'être évalué à l'aune du principe de proportionnalité par la Cour de justice.

Au niveau de l'appréciation de l'objectif légitime poursuivi par la réglementation belge, cette dernière n'a pas pour objectif premier et unique la protection des travailleurs. La réglementation belge poursuit la concrétisation d'une politique publique prioritaire pour le gouvernement belge, à savoir assurer la concurrence « loyale » et lutter contre la fraude sociale, conformément à l'accord de gouvernement de 2014 et au plan d'action contre la fraude sociale de 2015. Pour le délégué du gouvernement, la limitation de la chaîne de sous-traitance poursuit un objectif légitime car elle vise à éviter les « constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance »<sup>(153)</sup> et à mettre en œuvre les obligations découlant de l'article 18.2 de la directive 2014/24 (à savoir le respect par les sous-traitants de leurs obligations sociales et environnementales). Le non-respect de cette disposition est de plus de nature à fausser la concurrence. En outre, le délégué du gouvernement considère que les États membres doivent se voir reconnaître une large liberté dans les mesures appropriées qu'ils adoptent pour atteindre ces objectifs.

Pour l'instant, la Cour de justice a refusé dans son arrêt *Bundesdruckerei* de considérer comme poursuivant un motif légitime la mesure nationale dont l'objectif était d'éviter le dumping social. La Cour n'a en effet pas adouci son contrôle au vu de ce motif d'intérêt général. Bien plus, elle a semblé douter de sa réalité. Toutefois, les doutes dans *Bundesdruckerei* étaient suscités par la différence de traitement des travailleurs employés dans des marchés publics et des marchés privés.

En ce qui concerne la nécessité et la proportionnalité au sens strict de la réglementation en matière de sous-traitance dans les marchés publics, le rapport au Roi apporte une réponse à ces interrogations de la manière suivante. Tout d'abord, la limitation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire car les autres mesures instaurées dans la réglementation belge sur les marchés publics (comme la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et les mesures en matière de responsabilité solidaire) ne sont pas suffisantes en elles-mêmes. Au contraire même, ces nouvelles mesures sont de nature à

(152) *Ibid.*, [32]-[35].

(153) Rapport au Roi de l'A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.



« augmente[r] significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, le pouvoir adjudicateur ne pourra intervenir *de facto* que lorsque des irrégularités sont déjà constatées »<sup>(154)</sup>.

Ensuite, le rapport au Roi indique que les mesures satisfont à l'exigence de proportionnalité, car il suffit que le sous-traitant se charge lui-même « de l'exécution d'une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant ». Néanmoins, cette mesure permet de limiter la création de longues cascades de contrats.

Enfin, le rapport au Roi considère que la limitation de la sous-traitance instaurée dans la réglementation belge diffère de la situation en cause dans l'arrêt *Wroclaw*. En effet, l'adjudicataire et le sous-traitant ne se trouvent pas dans une situation comparable<sup>(155)</sup>. Le soumissionnaire (futur adjudicataire potentiel) ne sachant pas, par définition, si son offre sera retenue peut être enclin à soumettre des offres à plus de marchés qu'il ne pourra réaliser lui-même. Par contre, le sous-traitant intervient généralement à un moment où le marché a été octroyé, de telle sorte qu'il peut s'engager en connaissance de cause. La différence entre les deux situations est particulièrement significative pour les PME qui ont des moyens plus limités. D'après le rapport au Roi, « le fait que les soumissionnaires-PME sachent qu'ils pourront désigner un ou plusieurs sous-traitants au cas où ils se voient attribuer le marché les encourage à introduire une demande de participation ou une offre même si le marché est assez important. Était donné que l'interdiction prévue à l'article 12/3,

§ 1<sup>er</sup>, n'est pas applicable à l'adjudicataire et qu'elle ne peut donc pas non plus décourager la participation de candidats ou soumissionnaires à la procédure de passation, elle ne pose pas problème »<sup>(156)</sup>. De cette manière, le rapport au Roi envisage la situation concurrentielle au niveau de l'offre (les entreprises susceptibles de répondre à un grand nombre d'appels de la part des adjudicateurs). Or, la Cour de justice et son avocat général envisagent le niveau de concurrence qui existe entre plusieurs acteurs économiques pour répondre à un appel d'offre déterminé. Ils se situent de la sorte de l'autre côté de l'opération, au niveau de la demande créée par les pouvoirs publics.

Le rapport au Roi en conclut que l'interdiction de la sous-traitance totale ne perturbe pas excessivement la possibilité de sous-traiter les marchés à des PME. Au demeurant, une autorisation de dérogation pourrait toujours, au besoin, être sollicitée auprès du pouvoir adjudicateur.

Au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, le raisonnement suivi dans le rapport au Roi peut surprendre. En effet, trois considérations à tout le moins doivent être évoquées ici. Tout d'abord, il est étrange que les conséquences économiques de la réglementation de la sous-traitance sur la concurrence effective ne soient pas prises en compte. Les longues chaînes contractuelles seront reconfigurées : il y aura donc bien une modification des paramètres de la concurrence. Il n'est pas indiqué dans le rapport au Roi en quoi les mesures prises vont rendre la concurrence effective, au sens des directives et de la jurisprudence européenne, à savoir une concurrence la plus large possible en tenant compte des particularités liées aux marchés publics en cause. Le rapport au Roi explique seulement en quoi les mesures poursuivent le but légitime de permettre la concurrence loyale. Qu'il y ait une distinction entre concurrence effective et concurrence loyale, ce n'est pas indiqué et n'est a *fortiori* pas justifié.

(154) Rapport au Roi, A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(155) En particulier : « Par définition, un soumissionnaire ignore s'il se verra attribuer le marché. Ce ne sera souvent pas le cas. Si l'interdiction était étendue à l'adjudicataire, un soumissionnaire pourrait être tenté de participer à moins de marchés publics en même temps. En effet, dans l'hypothèse où il se verrait malgré tout attribuer l'ensemble des marchés auxquels il a participé, il pourrait éprouver des difficultés à les exécuter simultanément, sachant qu'il ne pourra pas, en tant qu'adjudicataire, en sous-traiter la totalité. Une extension de l'interdiction à l'adjudicataire pourrait donc entraver la concurrence. La situation est différente pour le sous-traitant. Généralement, la chaîne de sous-traitance, lorsqu'il n'est pas fait appel à la capacité d'un sous-traitant, ne se concrétisera qu'une fois la notification de la décision d'attribution envoyée ».

(156) Rapport au Roi, A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, commentaire de l'article 12/3.



Ensuite, le critère de proportionnalité est interprété de manière créative dans le rapport au Roi. Comment peut-on à la fois argumenter en faveur de l'interdiction totale de la sous-traitance en raison des risques de fraude et de techniques à la limite de la légalité et préconiser d'éviter la limitation par le recours au maintien d'une « petite » partie du contrat principal ? Comment peut-on préconiser de manière crédible le respect de la légalité et en même temps proposer des techniques permettant facilement d'y échapper ?

Enfin, le rapport au Roi ne considère pas la possibilité de mesures alternatives créatives. Dans ses conclusions dans *Borta*, l'avocate générale Sharpston scrute pourtant de manière précise l'existence de mesures alternatives moins limitatives de la concurrence. À cet égard, on pourrait par exemple se demander si recourir à des labels ISO relatifs à la qualité de responsabilité sociale des entrepreneurs et de leurs sous-traitants ne serait pas une option envisageable et moins limitative de la concurrence<sup>(157)</sup>. Le rapport au Roi aurait pu expliquer pourquoi d'autres mesures alternatives potentiellement moins restrictives de la liberté des acteurs économiques n'étaient pas satisfaisantes pour atteindre les objectifs de lutte contre le dumping social dans les chaînes de sous-traitance mises en place dans les marchés publics.

En bref, il semble que la réglementation belge ait une nouvelle fois adopté une approche générale de la transposition des directives européennes, cette fois, basée sur des présomptions de fraude dans certains secteurs. Si certaines possibilités de dérogations aux interdictions existent (telle l'autorisation par les adjudicateurs), la marge d'appréciation des adjudicateurs ainsi que les possibilités pour les acteurs économiques de montrer qu'ils ne sont pas des acteurs frauduleux semblent éloignées des principes de flexibilité que la Cour de justice semble attendre des adjudicateurs en vue d'assurer une concurrence effective.

### 3.4 VERS UNE SUBSTITUTION DES INSTRUMENTS OU DES PRIORITÉS ?

Si le test de proportionnalité permet d'adoucir les conséquences du principe d'égalité de traitement et d'introduire de la sorte une possibilité de substitution réglementaire dans le raisonnement de la Cour de justice, il n'en reste pas moins que la Cour de justice manie le principe de

proportionnalité avec précaution. Si la Cour s'est montrée bienveillante à propos des mesures de protection des salaires dans l'arrêt *RegioPost*, elle ne semble pas adoucir sa jurisprudence relative aux mesures limitatives de la sous-traitance. Ces dernières sont toujours appréciées au regard de la concurrence effective. Le risque pour la Belgique de voir son système de lutte contre le dumping social dans la sous-traitance des marchés publics recalé semble être un risque réel car le système ne laisse pas place à la flexibilité que la Cour de justice demande et la motivation offerte dans le rapport au Roi pourrait prêter à discussion, sauf si des études économiques, statistiques ou empiriques venaient confirmer l'argumentation offerte dans ce rapport. Il se pourrait que l'architecture administrative permettant de garantir l'application efficace de la réglementation belge soit perçue avec suspicion, sur le modèle de l'approche retenue dans l'affaire *Bundesdruckerei*. Ne pourrait-on en effet pas reprocher à cette architecture administrative belge de créer un îlot protectionniste hermétique aux forces du marché en provenance de pays étrangers (ou au-delà du Benelux), en qualifiant une série de pratiques faisant intervenir des acteurs établis à l'étranger de concurrence déloyale ? Ce reproche à l'encontre d'un système instauré par un secrétaire d'Etat affilié à l'Open-VLD, *a priori* favorable à une politique économique libérale, serait plus qu'ironique, voire paradoxal ! Néanmoins, la Cour de justice apprécie la conformité des mesures contestées devant elle au regard du droit européen, et en particulier des effets de ces mesures sur les acteurs économiques intervenant sur le marché. Son raisonnement juridique ne laisse pas de place à la couleur politique de l'auteur du système.

Comme il semble avéré que le système de lutte contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance réponde à un besoin réel<sup>(158)</sup>, il serait peut-être intéressant de réfléchir créativement à de possibles arguments que le gouvernement belge pourrait éventuellement faire valoir dans une possible procédure devant la Cour de justice. Dans cet ordre d'idées, une possible piste de réflexion pourrait s'offrir. On pourrait ainsi imaginer de donner l'opportunité à la Cour de justice d'accepter de manière plus large une substitution des priorités poursuivies par les États membres et de se montrer moins suspicieuse de la réalité des objectifs légitimes invoqués par les États

(157) Une option choisie par les Pays-Bas (voy. le compte-rendu de la table ronde tenue lors de la conférence donnant lieu à la présente publication : <https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2017/12/confecc81rence-dumping-social-v2.pdf>).

(158) Voy. notamment les échanges au cours de la table ronde tenue lors de la conférence qui donne lieu à la publication du présent numéro spécial (<http://droit-public.ulb.ac.be/apres-midi-detudes-marches-publics-et-dumping-social/>).



membres pour justifier des mesures restrictives de la concurrence. La Cour de justice acceptera-t-elle une substitution de la concurrence effective par la concurrence loyale<sup>(159)</sup>, ou reconnaîtra-t-elle la possibilité pour les États membres de développer une politique sophistiquée de lutte contre la fraude, la concurrence déloyale et le dumping social ? La Belgique pourrait avancer des arguments qualitatifs et non pas purement quantitatifs quant à la gravité de la fraude sociale et à ses conséquences en Belgique. Elle pourrait par exemple indiquer que sa Constitution comprend un article 23 qui stipule que :

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

À cette fin, la loi, le décret ou [l'ordonnance] garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment :

1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective ;

2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique ;

3° le droit à un logement décent [...] ».

Les pratiques de dumping social que la Belgique cherche à éradiquer sont de nature à porter gravement préjudice à la garantie constitutionnelle du « droit de mener une vie conforme à la dignité humaine ». Dès lors, la Belgique pourrait tenter de court-circuiter le raisonnement habituel de la Cour de justice en lui demandant d'accepter qu'au nom de ces principes tenant à son identité nationale, elle puisse prendre des mesures restreignant la liberté de circulation. Cette approche s'inscrirait dans la politique européenne de la convergence sociale vers le haut<sup>(160)</sup>. Si ce type de raisonnement était suivi<sup>(161)</sup>, on pourrait parler de substitution régulatoire fondamentale et substantielle : l'ordre

des priorités entre concurrence et protection sociale aurait été inversé. Néanmoins, la Cour de justice ne semble pas jusqu'à présent se diriger dans cette direction. Dès lors, la substitution régulatoire reste cantonnée au niveau opérationnel, c'est-à-dire au niveau des moyens mobilisés.

### Conclusion : de la substitution régulatoire à la juxtaposition des paradigmes ?

L'hypothèse de la substitution régulatoire entre politique sociale et marché public qui était testée dans la présente contribution ouvre sur une large réflexion relative aux interactions concrètes entre différentes politiques publiques et entre les instruments mobilisés pour les mettre en œuvre. Si les marchés publics sont des instruments qui peuvent recevoir des colorations très différentes, il semble que l'on assiste à un rééquilibrage entre les libertés de circulation et libre concurrence, d'une part, et la protection sociale, d'autre part : ainsi, les principes d'égalité, d'accès au marché et de concurrence « effective » sont progressivement complétés par les principes de proportionnalité, de marché flexible et de concurrence « loyale ». La directive 2014/24 a en effet laissé aux États membres une large marge de manœuvre pour transposer l'article 71 relatif à la sous-traitance dans leur ordre juridique national. La Belgique a largement fait usage de cette marge de manœuvre. Il reste à savoir si les modalités de cette mise en œuvre, en particulier lorsqu'elles touchent aux pratiques de dumping social et de lutte contre la fraude sociale résisteront à un contrôle de leur conformité au droit européen par la Cour de justice.

Cette réglementation relative à la lutte contre la fraude sociale dans les relations de sous-traitance se situe à la jonction de choix politiques cruciaux : soit la reconnaissance de la nécessité de développer une plus grande intégration européenne (notamment des systèmes sociaux et fiscaux ou des techniques de contrôle), soit la mise en œuvre d'un détricotage de l'espace européen pour que des priorités politiques nationales puissent éluder les obligations liées à la libre circulation des personnes. Ce choix éminemment politique ne peut être le résultat d'une

(159) Dans l'arrêt *Varec* précité [50], la Cour reconnaît le principe de la « concurrence loyale » au sens où ce principe permet de reconnaître certains droits procéduraux dans le cadre de la mise en œuvre de recours dans le cadre des marchés publics. Il n'est donc pas certain que ce principe s'étende au-delà de ce type de situations.

(160) Rapport du Parlement européen sur le dumping social, 18 août 2016 (2015/2255(INI)), en particulier point 51.

(161) Une telle approche pourrait s'inscrire dans les réflexions sur la nécessité d'introduire un degré de justice ou de moralité dans le fonctionnement du marché. Certains types d'échange ne devraient pas être admis du tout, car étant fondamentalement immoraux. L. TJON SOEI LEN, « Equal respect, capabilities and the moral limits of market exchange : denigration in the EU integral market », *Transnational Legal Theory*, 2017, pp. 103-118. Quoi de plus immoral que l'exploitation d'un être humain dans le but de s'enrichir ?



décision ou d'une série de décisions prises par la Cour de justice, à la suite de litiges plus ou moins aléatoires, ou de stratégies de blocage parlementaire au nom de la subsidiarité. Ni l'une ni l'autre de ces deux options ne répondent au besoin d'une vision à long terme du vivre en commun.

La voie belge cherchant à juxtaposer concurrence effective et concurrence loyale, à développer des obligations matérielles pour réguler la sous-traitance dans les marchés publics tout en développant une structure administrative élaborée de contrôle des adjudicateurs offre une piste de réflexion intéressante : c'est un compromis qui pourrait susciter une plus large réflexion, tant au niveau européen qu'au niveau national.

Néanmoins, prenant un peu de recul face à ces développements, on ne peut manquer de s'interroger sur les implications concrètes de la prolifération des méthodes développées pour lutter contre la fraude sociale : la confiance dans le pouvoir de la collecte d'un large nombre d'informations ainsi que dans les possibilités quasi illimitées du *datamining* et autres méthodes d'analyse d'un grand nombre d'informations amène à s'interroger sur les bases scientifiques de cette croyance et la compréhension épistémologique

et réflexive des utilisateurs de ces processus. Convient-il fondamentalement de rechercher à alimenter au maximum le stock des informations potentiellement soumises à vérification ? Avec tous les coûts, problèmes logistiques ou risques de violation de la vie privée des citoyens que cela implique ?

En clair, l'articulation des politiques sociales et des marchés publics se trouve à un moment particulièrement stimulant où les modalités juridiques et politiques de l'intégration des faces « concurrence effective » et « concurrence loyale » sont plus que jamais à l'ordre du jour. Quelles seront les étapes suivantes du développement du système : se dirige-t-on vers le développement d'une inspection sociale européenne ou vers une forme d'État social répressif ? Peut-on espérer que le système développera des processus d'adaptation, sélection et ciblage des outils face aux risques réels objectivement démontrés permettant d'équilibrer égalité et proportionnalité ? En tout cas, il semble bien qu'un système où la concurrence est à la fois effective et loyale ne surgit pas du néant. Plus que jamais des structures administratives sophistiquées sont requises pour œuvrer à la réalisation progressive de cet objectif ambitieux.



## Annexe – Article 71 de la directive 2014/24

1. Le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2<sup>(1)</sup>, par les sous-traitants est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes agissant dans le cadre de leurs responsabilités et de leurs compétences.

2. Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

3. Les États membres peuvent prévoir que, à la demande du sous-traitant et si la nature du marché le permet, le pouvoir adjudicateur effectue directement au sous-traitant les paiements dus pour les services, fournitures ou travaux qu'il a fournis à l'opérateur économique auquel le marché public a été attribué (le contractant principal). Ces mesures peuvent comprendre des mécanismes appropriés permettant au contractant principal de s'opposer à des paiements indus. Les dispositions relatives à ce mode de paiement sont exposées dans les documents de marché.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'entendent sans préjudice de la question de la responsabilité du contractant principal.

5. En ce qui concerne les marchés de travaux et les services qui doivent être fournis dans un local placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur, après l'attribution du marché et, au plus tard, au début de l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du contractant principal qu'il lui indique le nom, les coordonnées et les représentants légaux de ses sous-traitants participant à ces travaux ou à la prestation de ces services dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Le pouvoir adjudicateur exige que le contractant principal lui fasse part de tout changement relatif à ces informations intervenant au cours du marché ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participe

ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services.

Nonobstant le premier alinéa, les États membres peuvent imposer au contractant principal l'obligation de fournir les informations requises directement.

Au besoin, aux fins du paragraphe 6, point b), du présent article, les informations requises sont assorties de déclarations sur l'honneur des sous-traitants [...].

Le premier alinéa ne s'applique pas aux fournisseurs.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent étendre ou être contraints par des États membres à étendre les obligations prévues au premier alinéa, par exemple :

a) aux marchés de fournitures, aux marchés de services autres que ceux concernant des services à fournir dans les locaux du pouvoir adjudicateur sous sa surveillance directe ou aux fournisseurs participant aux marchés de travaux ou de services ;

b) aux sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance.

6. Dans le but d'éviter les manquements aux obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, des mesures appropriées peuvent être prises, telles que les mesures suivantes :

a) lorsque la législation d'un État membre prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire entre les sous-traitants et le contractant principal, l'État membre concerné veille à ce que les règles correspondantes s'appliquent conformément aux conditions énoncées à l'article 18, paragraphe 2 ;

b) conformément aux articles 59, 60 et 61, les pouvoirs adjudicateurs peuvent vérifier ou être obligés par les États membres à vérifier s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel

(1) À savoir : « 2. Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X ». Cette annexe liste des conventions en matières sociales et environnementales. Les conventions en matière sociale sont les suivantes : Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé, Convention n° 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé, Convention n° 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération, et Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants.



ladite vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou être obligé par un État membre à exiger de l'opérateur économique qu'il remplace un sous-traitant à l'encontre duquel la vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

7. Les États membres peuvent édicter des règles de responsabilité plus strictes en droit national ou des dispositions plus larges en matière de paiements directs aux sous-traitants dans la législation nationale, par exemple en prévoyant de tels

paiements sans que les sous-traitants aient besoin d'en faire la demande.

8. Les États membres ayant décidé de prévoir des mesures en vertu des paragraphes 3, 5 ou 6 précisent les conditions de mise en œuvre de ces mesures, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et dans le respect du droit de l'Union. Ce faisant, les États membres peuvent limiter leur applicabilité, notamment à l'égard de certains types de marchés, certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou d'opérateurs économiques ou à partir de certains montants.

