



erap-gsob.brussels

Public • Governance • Skills

LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL

PAR LES
MARCHÉS PUBLICS



TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION 4

1.1.	L'utilisation stratégique des marchés publics et le rôle d'exemple des acheteurs publics	4
1.2.	Dumping social : de quoi parle-t-on ?	4
1.2.1.	Le dumping social dans le contexte des marchés publics	4
1.2.2.	Formes de fraude sociale	5
1.2.3.	Secteurs sensibles à la fraude	5

2. CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE 6

2.1.	Droit des marchés publics	6
2.1.1.	Normes générales	6
2.1.2.	Autres instruments plus spécifiques	6
2.2.	Droit social et du travail	7
2.2.1.	Le droit social et du travail au sens de l'article 7 de la loi du 17 juin 2016	7
2.2.2.	Principaux instruments de droit social et du travail pertinents en matière de marchés publics	7
2.3.	Où trouver les sources légales et réglementaires ?	7

3. GRANDES ÉTAPES DE LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL 8

4. CONCEPTION DU MARCHÉ PUBLIC 9

5. SÉLECTION QUALITATIVE 11

5.1.	Causes d'exclusion	11
5.1.1.	Introduction	11
5.1.2.	Dettes fiscales et sociales	11
5.1.3.	Travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains	12
5.1.4.	Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal	12
5.1.5.	Non-respect du droit social	12
5.1.6.	Exécution défailante d'un précédent marché	12
5.2.	Preuve de l'existence d'une cause d'exclusion	13
5.2.1.	Document unique de marché européen (DUME) et déclaration sur l'honneur implicite	13
5.2.2.	Mesures correctrices	13
5.2.3.	Preuve « par tout moyen approprié »	14
5.3.	Causes d'exclusion affectant les dirigeants d'entreprise	14
5.4.	Cas pratiques	15

6. RÉGULARITÉ DES OFFRES 16

6.1.	Irrégularité procédant d'une violation du droit social	16
6.1.1.	Exclusion obligatoire vs exclusion facultative	16
6.1.2.	Exemples de violations du droit social en principe détectables à la lecture de l'offre	16
6.2.	Contrôle des prix	17
6.2.1.	Objectifs du contrôle des prix	17
6.2.2.	L'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics	17
6.2.3.	Préalable : rectification des offres	17
6.2.4.	Analyse des offres et vérification des prix ou des coûts	18
6.2.5.	Demande d'informations nécessaires à la vérification des prix ou des coûts	18
6.2.6.	Demande de justifications	18
6.2.7.	Analyse de la demande de justification	19
6.2.8.	Information d'organes de contrôle en cas de prix anormaux	20
6.2.9.	Cas pratique	20
6.2.10.	Synthèse	20

7. CRITÈRES D'ATTRIBUTION 21

8. EXÉCUTION DU MARCHÉ 22

8.1.	Déclaration de travaux	22
8.2.	Identification des travailleurs et Checkin@Work	22
8.3.	Contrôle des dettes sociales et fiscales, obligation de retenue et responsabilité solidaire	23
8.4.	Responsabilité solidaire salariale	23

8.5.	Sous-traitance	24
8.5.1.	Respect du droit social par les sous-traitants	24
8.5.2.	Vérification des motifs d'exclusion	24
8.5.3.	Limitation de la sous-traitance	25
8.5.4.	Sous-traitance et capacité technique	25
8.5.5.	Cas pratique	25
8.6.	Sanctions applicables par l'adjudicateur	26
8.6.1.	Régime général des mesures d'office et pénalités	26
8.6.2.	Exemples de pénalités	26
8.6.3.	Autres sanctions	27
8.7.	Détachement	27
8.7.1.	Introduction	27
8.7.2.	Formulaire A1	28
8.7.3.	Limosa (document L1)	29
8.8.	Agences d'intérim	29
8.9.	Occupation de travailleurs étrangers par une entreprise belge	30
8.10.	Durée du travail	30

9. CHECK-LIST DES PRINCIPAUX MOYENS DE LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL 31

10. RÉPONSES AUX CAS PRATIQUES 32

10.1.	Cas pratique 1	32
10.2.	Cas pratique 2	32
10.3.	Cas pratique 3	32
10.4.	Cas pratique 4	32

1. INTRODUCTION

1.1. L'UTILISATION STRATÉGIQUE DES MARCHÉS PUBLICS ET LE RÔLE D'EXEMPLE DES ACHETEURS PUBLICS

La réglementation des marchés publics a traditionnellement pour but d'assurer l'égal accès des entreprises aux commandes publiques et de garantir la bonne utilisation des deniers publics.

Au-delà de ces finalités de base, se pose la question de l'utilisation « stratégique » des marchés publics, qui consiste à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard d'autres objectifs dits « horizontaux » ou « transversaux »¹.

Ces objectifs horizontaux peuvent être de nature économique (ex. : politique de relance d'un secteur industriel) ou non économique (ex. : considérations sociales ou environnementales).

Cette instrumentalisation de la commande publique renvoie au rôle d'exemple que les acheteurs publics se doivent de jouer. Elle s'inscrit également, plus largement, dans une tendance contemporaine à la responsabilisation des achats, qu'ils soient publics ou privés².

1.2. DUMPING SOCIAL : DE QUOI PARLE-T-ON ?

1.2.1. Le dumping social dans le contexte des marchés publics

L'expression « dumping social » défraie fréquemment la chronique, où elle désigne deux réalités³ :

- d'une part, la mise en concurrence des travailleurs et des systèmes de protection sociales des États membres de l'Union européenne par des voies légales ;

1 S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 95 et s. Ces objectifs étaient auparavant qualifiés de « secondaires », ce qui laissait penser, à tort, qu'ils étaient subordonnés aux finalités primaires, jugées plus importantes.

2 En témoigne par exemple l'existence, depuis 2017, de la norme ISO 20400 relative aux achats durables, qui vise toutes les organisations (publiques et privées) et qui tend à l'intégration des différents aspects (économique, social, environnemental) du développement durable dans le processus d'achat.

3 E. SLAUTSKY, D. DUMONT et E. DERMINE, « Marchés publics et dumping social – Avant-propos », *Marchés et Contrats Publics*, 2018/1, p. 5.

La FGTB demande une loi fédérale contre le dumping social

Deux secteurs sont particulièrement touchés par la problématique : la construction et le transport. « Dans le domaine de la construction en Belgique, il y a 320.000 employés, dont 32 % sont détachés. Nous constatons en outre que 25.000 emplois sont passés à la trappe ces dernières années. Les travailleurs locaux perdent leur poste à cause de pratiques déloyales », commente le secrétaire fédéral Construction, Brahim Hilami.

Le Soir, 18 mars 2019

Sur les routes slovaques, à la recherche des acteurs du dumping social

Les boîtes aux lettres continuent de pulluler en Slovaquie. Elles permettent à des transporteurs belges d'embaucher de la main-d'œuvre bon marché.

Le Soir, 21 mars 2019

Descente massive de la police avec un hélicoptère ce matin à Gilly : un contrôle sur le chantier du nouvel hôpital

Un grand déploiement de police a eu lieu ce matin à Gilly sur le site de construction du futur hôpital. Plusieurs combis de police et un hélicoptère encerclaient les lieux. Il s'agissait d'une descente de l'auditorat du travail qui effectuait un contrôle contre le dumping social, en collaboration avec la direction de l'hôpital.

RTL Info, 3 septembre 2019

- d'autre part, un large éventail de pratiques frauduleuses qui, en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement d'une entreprise, permettent le développement d'une concurrence déloyale et entraînent des violations des droits des travailleurs.

Cette distinction met en lumière le fait que, juridiquement, toute pratique de dumping social n'est pas nécessairement prohibée, même si elle est éthiquement controversée.

La présente brochure n'aborde que la lutte contre les pratiques illégales de dumping social, tant au stade de la passation d'un marché public, que lors de son exécution.

1.2.2. Formes de fraude sociale

Les entreprises indécates utilisent toutes les formes de fraude sociale afin de réduire leurs coûts et de s'octroyer un avantage compétitif indu⁴ :

- abus dans le détachement des travailleurs étrangers ;
- utilisation de sociétés « boîtes aux lettres » ;
- non-respect des conditions salariales et de travail prévues par la réglementation belge ;
- multiplication des niveaux de sous-traitance rendant les contrôles plus difficiles ;
- utilisation de faux indépendants ;
- utilisation abusive du chômage partiel ou complet ;
- travail au noir ;
- occupation de travailleurs sans permis de séjour ni permis de travail ;
- etc.

Les pratiques de dumping énumérées ci-dessus vont souvent de pair avec l'utilisation de faux documents (ex. : faux contrat de sous-traitance ; fausses factures ayant pour but de faire croire à des activités substantielles au siège d'une société boîte aux lettres), ou avec l'absence d'établissement de la documentation légalement requise (ex. : absence de déclaration préalable pour les travailleurs salariés détachés).

1.2.3. Secteurs sensibles à la fraude

Certaines mesures de lutte contre le dumping social s'appliquent à tous les marchés publics ; d'autres ne concernent que les *secteurs sensibles à la fraude*.

Les secteurs sensibles à la fraude sont⁵ :

- les marchés de travaux ;
- les marchés de services passés dans le cadre des activités visées à l'article 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. Les marchés de services concernés sont notamment⁶ les activités de nettoyage, de gardiennage, les activités horticoles, certaines activités de transport, etc..

⁴ J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 309.

⁵ Art. 2, 13°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; art. 2, 25°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

⁶ Voy. le tableau récapitulatif à l'adresse suivante : <https://www.publicprocurement.be/fr/documents/marches-de-services-dans-un-secteur-sensible-la-fraude>.

2. CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

2.1. DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

2.1.1. Normes générales

Les normes générales de droit des marchés publics auxquelles il sera fait référence dans le présent guide sont les suivantes :

Passation	• Directive 2014/24/UE (secteurs classiques)⁷ • Directive 2014/25/UE (secteurs spéciaux)⁸ • Directive 2014/23/UE (concessions)⁹
	• Loi du 17 juin 2016 (marchés publics)¹⁰ • Loi du 17 juin 2016 (concessions)¹¹
	• Arrêté royal du 18 avril 2017 (secteurs classiques)¹² • Arrêté royal du 18 juin 2017 (secteurs spéciaux)¹³ • Arrêté royal du 25 juin 2017 (concessions)¹⁴
Recours	• Loi du 17 juin 2013¹⁵
Exécution	• Arrêté royal du 14 janvier 2013 (règles générales d'exécution)¹⁶ • Arrêté royal du 25 juin 2017 (concessions)¹⁷

7 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

8 Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

9 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

10 Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

11 Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

12 Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

13 Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

14 Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

15 Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

16 Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

17 Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

2.1.2. Autres instruments plus spécifiques

Certains instruments de droit des marchés publics sont plus spécifiquement dédiés aux relations qu'entretiennent les marchés publics avec le droit social.

L'on peut à cet égard citer la **circulaire fédérale du 10 juillet 2017** intitulée « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions »¹⁸. Cette circulaire ne s'adresse formellement qu'aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux, mais le Guide qui y est joint¹⁹ est pertinent pour tous les pouvoirs adjudicateurs.

L'**ordonnance bruxelloise du 3 avril 2014**²⁰ a par ailleurs créé un Observatoire des prix de référence dans les marchés publics, dont il sera question au chapitre relatif au contrôle des prix anormaux (6.2.2).

Citons enfin, pour mémoire, l'**ordonnance du 8 mai 2014**²¹ et la **circulaire du 19 juillet 2018**²², qui tendent à l'insertion de clauses sociales dans les marchés publics régionaux. Les clauses sociales – comme les marchés réservés²³ – ne concernent néanmoins pas la lutte contre le dumping social au sens strict. Il s'agit davantage de permettre aux personnes éloignées du marché de l'emploi de trouver un emploi ou de se former par le biais des marchés publics.

18 https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/2017_07_10_dumping_soc.pdf.

19 https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/social_dumping_fr_003_0.pdf.

20 Ordonnance du 3 avril 2014 portant création d'un Observatoire des prix de référence dans les marchés publics au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale. Cette ordonnance pourrait prochainement être amendée.

21 Ordonnance du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics.

22 Circulaire du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 2018 relative à l'obligation d'insertion de clauses sociales dans les marchés publics régionaux.

23 Il est possible de réserver le droit de participer à un marché public à des ateliers protégés (entreprises de travail adapté – ETA) et à des entreprises dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées (entreprises d'insertion – EI), aussi au-dessus des seuils européens. Au moins 30% (auparavant la majorité) du personnel de ces entreprises doit être handicapé ou défavorisé (art. 15 de la loi du 17 juin 2016). Les marchés réservés, comme les clauses sociales, sont des mesures qui s'écartent de la logique du moindre coût et peuvent en ce sens contribuer indirectement à la lutte contre le dumping social.

2.2. DROIT SOCIAL ET DU TRAVAIL

2.2.1. Le droit social et du travail au sens de l'article 7 de la loi du 17 juin 2016

L'article 7 de la loi du 17 juin 2016 pose le principe fondamental suivant :

« Les 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 [...] »

L'expression « droit social et du travail » n'est pas définie par la loi de 2016. Selon ses travaux préparatoires²⁴, il s'agit notamment des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles concernant :

- le paiement de la rémunération ;
- le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ;
- les conditions générales de travail ;
- l'occupation de travailleurs étrangers ;
- les obligations en matière de sécurité sociale.

L'expression « droit social et du travail » est reprise de la directive que la loi transpose. En droit belge, l'on peut néanmoins se contenter de renvoyer au « droit social », lequel inclut le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Dans le présent guide, l'expression « droit social » recouvre donc ces deux réalités.

Au vu de l'interprétation large du concept de droit social en droit belge, il faut vraisemblablement ajouter à cette liste exemplative toutes les règles qui n'ont pas été adoptées uniquement pour s'appliquer dans le contexte des relations de travail, mais qui, en pratique, ont une influence très importante sur les droits des parties au contrat de travail²⁵. Il s'agit, par exemple, des règles en matière de lutte contre la discrimination.

La plupart des normes de droit social et du travail émanent de l'État fédéral. Il existe néanmoins certaines règles édictées par les entités fédérées sur la base d'une compétence propre qui visent à protéger les travailleurs. Il s'agit, par exemple, des règles – régionales – relatives à l'agrément des agences de travail intérimaire (8.8).

²⁴ Projet de loi relatif aux marchés publics, Doc. parl., Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 26.

²⁵ A. MECHERYNCK et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *M.C.P.*, 2018/1, p. 26.

2.2.2. Principaux instruments de droit social et du travail pertinents en matière de marchés publics

Les principales normes de droit social et du travail auxquelles il sera fait référence au sein de cette brochure sont :

- la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (« **Loi ONSS** ») ;
- la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et **Code du bien-être au travail** ;
- loi du 16 mars 1971 sur le **travail**
- le Code pénal social ;
- la loi du 12 avril 1965 concernant la **protection de la rémunération** des travailleurs ;
- la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de **détachement** de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci (transposition de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, modifiée par la directive 2018/957 du 28 juin 2018).

2.3. OÙ TROUVER LES SOURCES LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES ?

Les normes de droit des marchés publics, de droit social et de droit du travail subissent de fréquentes modifications.

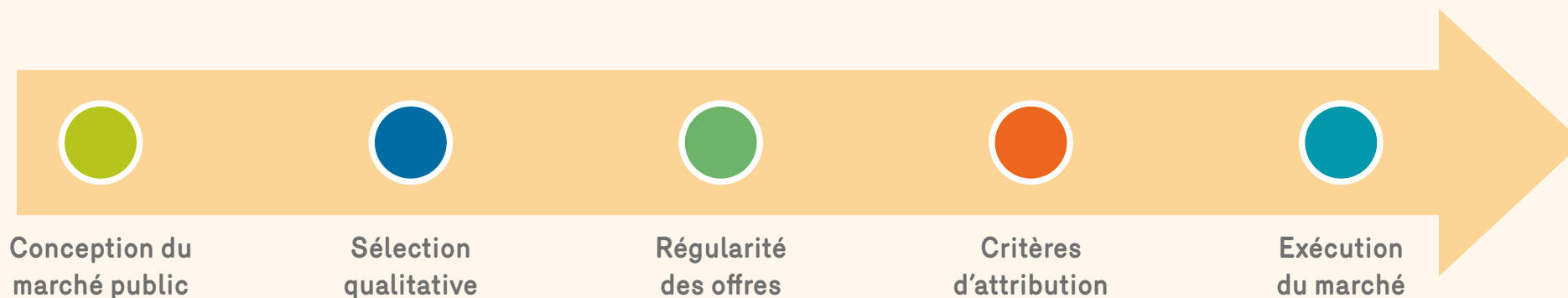
Il faut veiller à consulter des sources à jour directement à partir des portails officiels. La base de données « Reflex »²⁶ permet par exemple d'accéder à la législation consolidée et à jour.

²⁶ <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/?lang=fr>.

3. GRANDES ÉTAPES DE LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL

La lutte contre le dumping intervient à tous les stages de la passation et de l'exécution d'un marché public :

- lors de la conception du marché public (4), en déterminant une stratégie anti-dumping appropriée et en rédigeant les clauses correspondantes ;
- lors de la sélection qualitative (5), qui inclut en particulier la vérification des dettes sociales et fiscales et des autres motifs d'exclusion ;
- lors de la vérification de la régularité des offres (6), et en particulier de la régularité des prix ;
- lors de la comparaison des offres au regard des critères d'attribution (7) ;
- lors de l'exécution du marché (8), en procédant notamment au contrôle du respect du droit social par les sous-traitants.



4. CONCEPTION DU MARCHÉ PUBLIC

La plupart des contrôles à exercer par le pouvoir adjudicateur en matière de lutte contre le dumping social sont obligatoires ; néanmoins, le pouvoir adjudicateur conserve une marge de manœuvre qui lui permet d'être plus ou moins ambitieux dans la fréquence ou l'intensité des contrôles, en fonction du type de marché concerné et des moyens humains et matériels du pouvoir adjudicateur.

Il faut par conséquent déterminer ce niveau d'ambition avant le lancement du marché, en concertation avec les clients internes et les contrôleurs de travaux et en conformité avec les objectifs généraux fixés au niveau politique (ex. : charte communale de lutte contre le dumping social).

L'objectif devrait être d'acquérir le réflexe « dumping social », sans pour autant faire preuve de radicalisme :

- tous les marchés ne se prêtent pas nécessairement aux contrôles les plus poussés : le niveau d'ambition doit être adapté à l'objet et à la valeur du marché ;
- il peut être utile de réserver les clauses les plus ambitieuses pour les projets « phares », qui sont particulièrement symboliques pour le pouvoir adjudicateur. Pour ces projets stratégiques, une coopération renforcée avec l'inspection du travail peut être envisagée en vue d'exercer des contrôles plus réguliers.

Comme d'autres pouvoirs publics, Beliris a conclu un protocole de collaboration avec le Service d'information et de recherche sociale (« SIRS »), à savoir l'organisme de coordination de certains services d'inspection fédéraux (inspection sociale, ONEM, ONSS,...), qui collabore également avec les services d'inspection régionaux. Le protocole arrête des modalités de collaboration pratiques pour prévenir les cas de dumping social sur les chantiers de Beliris. Beliris communique régulièrement au SIRS une liste actualisée de ses chantiers en cours. Si Beliris soupçonne que l'un de ses adjudicataires (ou l'un de ses sous-traitants) enfreint gravement le droit social, il en informe le SIRS. Les services d'inspection réalisent des contrôles ciblés sur les chantiers de Beliris à la demande ou non de ce dernier. Le SIRS dispense par ailleurs une fois par an une formation en droit social au personnel de Beliris.

À des fins de sensibilisation, le pouvoir adjudicateur ne doit en toute hypothèse pas hésiter à pointer l'importance de la lutte contre le dumping social dans le cahier des charges lui-même, en renvoyant à la stratégie globale du pouvoir adjudicateur en la matière :

« Le pouvoir adjudicateur accorde une grande importance à la lutte contre le dumping social. Cette préoccupation est présentée dans sa < politique stratégique >, < charte >, < politique d'achat >,... »

Certains pouvoirs adjudicateurs invitent les soumissionnaires à joindre à leur offre un engagement signé de promouvoir une concurrence loyale et de lutter contre le dumping social²⁷. Un tel outil peut être utile pour certains marchés particulièrement sensibles. Néanmoins, il ne devrait en principe pas être généralisé, vu la lourdeur administrative qu'il implique et le caractère au final symbolique de l'engagement exigé du soumissionnaire.

C'est par ailleurs au moment de la rédaction du cahier des charges que doit être envisagée l'insertion de clauses favorisant une concurrence loyale (ex. : choix de critères qualitatifs correctement pondérés) et facilitant le contrôle et la sanction d'éventuelles violations du droit social (ex. : pénalité spéciale en cas de violation de la durée légale du temps de travail). Nous y reviendrons dans les chapitres correspondants.

²⁷ Voy, par exemple, en Wallonie, la « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social » visée par la circulaire du 30 mars 2017 (<http://marchespublics.wallonie.be>).

Les documents du marché peuvent exiger la maîtrise de la langue du marché, en respectant néanmoins le principe de proportionnalité afin d'éviter que cette exigence engendre des effets discriminatoires et contraires au droit européen. Il est en principe légalement admissible d'insérer une clause en matière d'emploi des langues pour les marchés de travaux ou de services comportant un risque au niveau de la sécurité physique des travailleurs.

« L'adjudicataire et chaque sous-traitant doit occuper obligatoirement, au sein de l'équipe de travailleurs présents sur le chantier, des agents occupant une fonction d'encadrement (en ce compris le contremaître, le tuteur social, le coordinateur sécurité-santé et chaque travailleur occupant un poste de sécurité et/ou un poste de vigilance au sens du Code du bien-être au travail) ayant une connaissance suffisante de la langue française ou néerlandaise.

Cela signifie que l'adjudicataire doit pouvoir fournir la preuve que les travailleurs occupant les fonctions susmentionnées soit disposent d'un certificat linguistique de niveau A2 minimum de maîtrise de la langue française ou néerlandaise venant d'un opérateur agréé ou d'un certificat équivalent, soit disposent au minimum d'un diplôme de l'enseignement primaire officiel dont la scolarité a été suivie dans la langue française ou néerlandaise ou un diplôme équivalent.

Cette obligation vaut à tous les échelons de la sous-traitance. L'entreprise adjudicataire a donc la responsabilité de pouvoir fournir les documents concernant la langue du marché au pouvoir adjudicateur et dans la langue du marché ou par une traduction jurée, au plus tard 5 jours avant le début du chantier de l'adjudicataire ou de chaque sous-traitant.

Le nom de ces personnes est communiqué à l'adjudicateur au départ du chantier, et à l'occasion de tout changement lié aux agents occupant une fonction d'encadrement.

Le pouvoir adjudicateur contrôlera, par le biais de son surveillant de chantier et avant le début du chantier, que les agents occupant une fonction d'encadrement peuvent attester valablement, à sa première demande, de leur maîtrise du français ou du néerlandais par un des moyens précités.

Le pouvoir adjudicateur se réserve également le droit d'opérer des contrôles aléatoires par lesquels il vérifiera que les agents présents sur le chantier et visés par cette disposition ont fourni les attestations linguistiques nécessaires.

Toute infraction à cette disposition donne le droit au pouvoir adjudicateur de demander le remplacement de l'agent en question. À défaut, cela entraîne l'application d'une pénalité spéciale d'un montant de 100 € par homme en infraction/jour. ²⁸ »

²⁸ Clause inspirée du Guide des bonnes pratiques dans les marchés publics rédigé sur la base du rapport des travaux du groupe de travail régional « lutte contre le dumping social »
<https://www.brupartners.brussels/fr/observatory/publications-et-documents-utiles/guide-des-bonnes-pratiques-1/guide-des-bonnes-pratiques-dans-les-marches-publics-1/view>

5. SÉLECTION QUALITATIVE

5.1. CAUSES D'EXCLUSION

5.1.1. Introduction

Les motifs d'exclusion ont pour objet d'écarter de la participation à un marché public les entreprises qui se trouvent dans l'une ou l'autre des situations énumérées par la loi²⁹. Cette dernière distingue les motifs d'exclusion obligatoires – lesquels doivent en principe toujours conduire à l'exclusion de l'opérateur économique concerné – des motifs d'exclusion facultatifs – qui peuvent conduire à une telle exclusion.

Ces causes d'exclusion sont fondées sur le comportement passé du candidat ou du soumissionnaire concerné. Elles ne doivent donc pas être confondues avec les motifs d'irrégularité d'une **offre** violant le droit social (6.1).

En cas de recours aux capacités de tiers, l'existence de motifs d'exclusion doit également être vérifiée dans le chef de ces tiers³⁰. Les tiers visés sont (i) ceux qui font partie du même groupement d'opérateurs économiques (association momentanée) (ii) ceux auxquels l'opérateur économique a recours en vue de rencontrer les critères de sélection qualitative. Il ne s'agit donc pas de **tous** les sous-traitants.

Les causes d'exclusion les plus pertinentes en matière de dumping social sont les suivantes :

- exclusion obligatoire relative au non-paiement des dettes fiscales et sociales (5.1.2) ;
- exclusion obligatoire pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains (5.1.3) ;
- exclusion obligatoire relative à l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (5.1.4) ;
- exclusion facultative en cas de non-respect du droit environnemental, social ou du travail (5.1.5) ;
- exclusion facultative en cas de défaillances importantes ou persistantes lors de l'exécution d'une obligation essentielle d'un précédent marché (5.1.6).

29 Art. 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 ; art. 61 à 64 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

30 Art. 73, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

5.1.2. Dettes fiscales et sociales

Le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification via Télémarc de la situation des dettes fiscales et sociales suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres. Cette vérification ne doit pas être confondue avec celle qui intervient en cours d'exécution du contrat via le site « www.checkobligationderetenue.be » (8.3).

En cas de dettes auprès d'un autre État membre et en l'absence de portail similaire à Télémarc, l'entreprise fournit une attestation délivrée par l'autorité compétente étrangère.



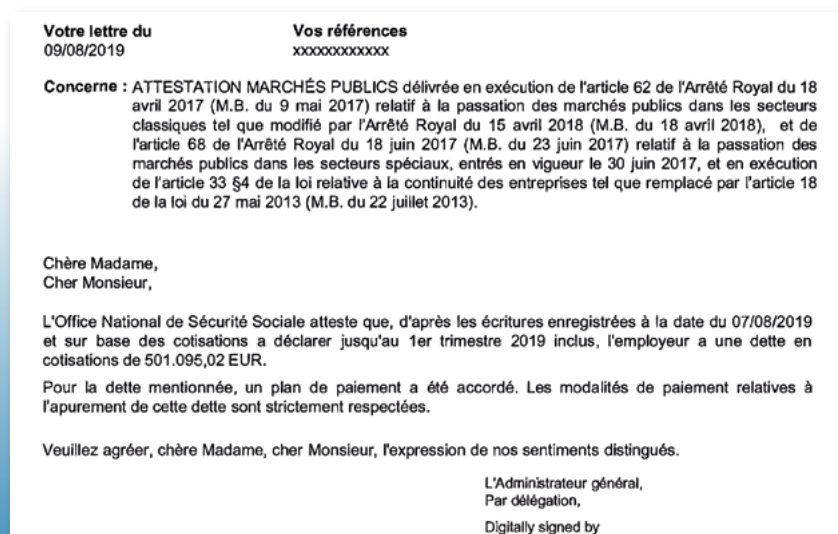
Attestation fiscale du Service Public Fédéral Finances. Le document est intitulé "Service Public Fédéral FINANCES PERCEPTION ET RECOUVREMENT ATTESTATION FISCALE". Il contient les informations suivantes : Numéro d'entreprise: 0123456789, Dénomination: ENTREPRISE BATIPLUS, Date d'attestation: 16-07-2020. Une grande croix verte est visible au centre. En dessous, il est écrit "Il n'y a pas de dette." et une note précise que le candidat ou le soumissionnaire n'est redevable vis-à-vis du SPF Finances d'aucun impôt, amende administrative exigible, intérêt de retard ni frais de poursuites en matière d'impôts directs et d'aucune taxe, intérêt, amende fiscale ou accessoire en matière de TVA dont la somme globale dépasse 3.000 €.

Même si le régime des mesures correctrices (5.2.2) n'est pas applicable aux dettes fiscales et sociales, un régime de régularisation ad hoc est néanmoins prévu dans l'hypothèse où l'opérateur économique aurait des dettes fiscales ou sociales :

- le pouvoir adjudicateur donne à l'entreprise l'opportunité de se mettre en règle avec ses obligations fiscales et sociales dans le courant de la procédure de passation ;
- l'entreprise a 5 jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation ;
- l'entreprise n'a droit qu'à une seule possibilité de régularisation.

L'opérateur économique qui a des dettes fiscales ou sociales ne sera pas exclu si l'une des conditions suivantes est remplie :

- une exigence impérative d'intérêt général contraint le pouvoir adjudicateur à traiter avec cet opérateur ; **ou**
- le montant des impayés ne dépasse pas 3.000 euros ; **ou**
- l'entreprise a vis-à-vis d'un pouvoir adjudicateur une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement, d'un montant au moins égal à celui de ses dettes fiscales et sociales (diminué de 3.000 euros) ;
- l'entreprise a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts ou cotisations dus, y compris les éventuels intérêts et amendes, pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord se soit déroulé avant l'introduction de la demande de participation ou (en procédure ouverte) avant le délai d'introduction des offres.



5.1.3. Travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains

L'exclusion en raison du travail des enfants ou d'autres formes de traite des êtres humains est obligatoire.

Elle doit reposer sur une condamnation par une décision judiciaire ayant force de chose jugée. L'exclusion vaut pour une période de 5 ans à compter de la date du jugement.

5.1.4. Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal

Cette cause d'exclusion obligatoire vise l'occupation de ressortissants en séjour illégal au sens de l'article 35/6 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

L'exclusion vaut pour une période de 5 ans à partir de la fin de l'infraction.

Pour constater l'exclusion, une condamnation judiciaire coulée en force de chose jugée n'est pas nécessaire : une décision administrative (ex. : amende) ou judiciaire suffit, en ce compris une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Il s'agit de la notification par laquelle les inspecteurs sociaux informent les entrepreneurs et les maîtres d'ouvrage que leur entrepreneur occupe un ou des ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

5.1.5. Non-respect du droit social

Il s'agit d'un motif d'exclusion facultative.

L'exclusion s'applique pour une période de 3 ans à compter de la date de l'événement concerné ou, en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Vu la définition large du droit social en droit belge, cette cause d'exclusion l'est tout autant et pose la question de la preuve par le pouvoir adjudicateur des éventuelles infractions. Nous y revenons plus en détail ci-après (5.2.3).

5.1.6. Exécution défailante d'un précédent marché

Un soumissionnaire peut également être exclu lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur (y compris un marché public d'un autre pouvoir adjudicateur).

Cette cause d'exclusion facultative peut être pertinente dans le cadre de la lutte contre le dumping social, par exemple lorsque la défaillance constatée lors de l'exécution d'un précédent marché concerne le droit social.

Trois conditions sont néanmoins requises :

- des défaillances **importantes** ou **persistantes** ont été constatées ;
- lors de l'exécution d'une **obligation essentielle** d'un marché public antérieur ;
- ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable. Autrement dit, un simple PV de manquement ne suffit pas.

L'exclusion vaut pour une période de 3 ans à compter de la date de l'événement concerné ou, en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

5.2. PREUVE DE L'EXISTENCE D'UNE CAUSE D'EXCLUSION

5.2.1. Document unique de marché européen (DUME) et déclaration sur l'honneur implicite

Au-dessus des seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit imposer l'utilisation par les candidats ou soumissionnaires du « document unique de marché européen » (DUME).

Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire par laquelle celui-ci certifie qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et qu'il répond aux critères de sélection qualitative³¹. Le pouvoir adjudicateur ne vérifiera en principe l'existence de causes d'exclusion que dans le chef de celui à qui il s'apprête à attribuer le marché. La vérification peut cependant avoir lieu plus tôt si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

B. Motifs liés au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale
L'article 57, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE définit les motifs d'exclusion suivants

Paiement d'impôts et taxes
L'opérateur économique a-t-il manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes, tant dans le pays où il est établi que dans l'État membre du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice s'il diffère de son pays d'établissement?

Votre réponse?
☐ Oui
☒ Non

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils accéder gratuitement à ces informations dans une base de données d'un État membre de l'UE?
☐ Oui
☒ Non

31 Art. 73 de la loi du 17 juin 2016.

Paiement de cotisations de sécurité sociale
L'opérateur économique a-t-il manqué à ses obligations relatives au paiement de cotisations de sécurité sociale, tant dans le pays où il est établi que dans l'État membre du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice s'il diffère de son pays d'établissement?

Votre réponse?
☐ Oui
☒ Non

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils accéder gratuitement à ces informations dans une base de données d'un État membre de l'UE?
☐ Oui
☒ Non

Sous les seuils européens, l'on applique un régime de déclaration implicite sur l'honneur : le simple fait d'introduire une demande de participation ou une offre constitue une déclaration sur l'honneur que le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion³².

Tant au-dessus que sous les seuils, les candidats et soumissionnaires sont tenus de signaler l'existence d'une éventuelle cause d'exclusion, auquel cas ils doivent faire valoir des mesures correctrices.

5.2.2. Mesures correctrices

La loi offre la possibilité au soumissionnaire qui se trouve dans une situation d'exclusion (même obligatoire) de démontrer avoir pris des mesures correctrices (« **self-cleaning** »)³³.

À cette fin, l'opérateur prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute³⁴.

En droit social, l'on pourrait penser aux mesures suivantes :

- changement de secrétariat social (si celui-ci avait une responsabilité dans l'infraction) ;
- rupture de toute relation avec certains membres du personnel ;
- acquisition de programmes informatiques de gestion des rémunérations ;
- création d'une structure d'audit interne.

32 Art. 74 de la loi du 17 juin 2016 et art. 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

33 Art. 70, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

34 Art. 70, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

L'article 57, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE définit les motifs d'exclusion suivants

Manquement aux obligations dans le domaine du droit social

L'opérateur économique a-t-il, à sa connaissance, manqué à ses obligations dans le domaine du droit social? Telles que visées aux fins du présent marché dans le droit national, dans l'avis pertinent ou dans les documents de marché ou à l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

Votre réponse?

☐ Oui

☒ Non

Les mesures décrites sont évaluées par le pouvoir adjudicateur en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Une décision motivée doit être adoptée. La loi précise que lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur concerné³⁵.

5.2.3. Preuve « par tout moyen approprié »

La cause d'exclusion relative à la violation du droit social (5.1.5) s'applique dès que le pouvoir adjudicateur peut démontrer, « par tout moyen approprié » un manquement du candidat ou soumissionnaire en la matière.

En principe, cette preuve provient du candidat ou soumissionnaire lui-même, car il doit spontanément faire état d'une situation d'exclusion et de mesures correctrices (5.2.1 et 5.2.2).

Si l'opérateur économique, sciemment ou non, ne fait pas état d'une violation du droit social dont il s'est pourtant rendu coupable, les conséquences sont les suivantes³⁶ :

- le fait pour l'opérateur de faire une fausse déclaration ou de cacher des informations est en soi un motif d'exclusion facultative³⁷ ;
- le pouvoir adjudicateur peut prouver une violation par tout moyen approprié. Il peut à cet égard s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires³⁸. Il peut par exemple s'agir d'un extrait de casier judiciaire, d'une déclaration de la direction des amendes administratives du SPF Emploi (DIRAME), voire une déclaration de l'inspection sociale.

³⁵ Art. 70, al. 3, de la loi du 17 juin 2016.

³⁶ A. MECHelynck et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », M.C.P., 2018/1, pp. 32-34.

³⁷ Art. 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016.

³⁸ Art. 59 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

5.3. CAUSES D'EXCLUSION AFFECTANT LES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE

L'obligation d'exclure une entreprise s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif³⁹ :

- est membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance de l'entreprise ; ou
- détient un pouvoir de représentation, de gestion ou de surveillance de l'entreprise ; ou
- détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Vue sous l'angle du droit pénal social, cette extension des causes d'exclusion est pertinente, car ce n'est pas toujours la personne morale présentée comme l'employeur qui se trouvera dans une situation d'exclusion.

Cette vérification supplémentaire ne concerne que les motifs d'exclusion obligatoire (le pouvoir adjudicateur **peut** faire la vérification en ce qui concerne les motifs d'exclusion facultative).

Cette vérification supplémentaire ne concerne que les marchés européens (le pouvoir adjudicateur **peut** néanmoins y procéder sous les seuils européens).

³⁹ Art. 67, § 1^{er}, dernier al., et 69, dernier al., de la loi du 17 juin 2016.

5.4. CAS PRATIQUES

Dans le cadre d'un marché de services d'auteur de projet passé en procédure concurrentielle avec négociation, la SPRL Architekt, de droit belge, dépose une demande de participation en association momentanée avec la SARL Teknik, un bureau français d'ingénieurs en stabilité. Mary Bonneville, experte PEB, est mentionnée comme sous-traitante. Le marché a une valeur de 310.000 euros HTVA. Les critères de sélection exigent la production de listes de référence en matière architecturale et de stabilité.

Questions :

- Un DUME doit-il être produit et, si oui, par qui ?
- L'existence de dettes fiscales ou sociales ne peut pas être vérifiée au moyen de Télémarché en ce qui concerne le bureau français. Que devez-vous faire ?
- L'existence d'une éventuelle violation du droit social par Madame Bonneville doit-elle être vérifiée ?

Retrouvez les réponses à la page 32.

L'entrepreneur de travaux Goodfellas remet offre dans le cadre d'un marché de travaux inférieur aux seuils européens, passé en procédure négociée directe avec publicité. En ce qui concerne les causes d'exclusion, il est fait application de la déclaration implicite sur l'honneur. Le critère « prix » est pondéré à 70 % ; le critère « méthodologie de chantier » à 15 % ; et le critère « délai d'exécution » à 15 %.

Vous apprenez par hasard, via un ami qui travaille auprès d'un autre pouvoir adjudicateur, que celui-ci a récemment établi 13 PV de manquement à l'encontre de Goodfellas dans le cadre de l'exécution en cours d'un chantier.

6 de ces PV ont trait à des infractions sociales, en particulier le non-respect de la durée maximale du temps de travail et de l'interdiction du travail de nuit (loi du 16 mars 1971 sur le travail). Goodfellas commet apparemment ces infractions afin d'éviter un retard d'exécution du chantier et les amendes qui y sont associées. Le SIRS a été prévenu.

Comment réagissez-vous dans le cadre de l'examen de l'offre de Goodfellas pour votre marché ?

Retrouvez les réponses à la page 32.

6. RÉGULARITÉ DES OFFRES

6.1. IRRÉGULARITÉ PROCÉDANT D'UNE VIOLATION DU DROIT SOCIAL

6.1.1. Exclusion obligatoire vs exclusion facultative

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier la régularité des offres, en distinguant les irrégularités substantielles et non substantielles.

Le non-respect du droit social ou du travail sanctionné pénalement est présumé constituer une irrégularité substantielle⁴⁰. L'offre affectée d'une telle irrégularité doit être exclue.

Il s'agit du « noyau dur » du droit du travail, qui s'applique notamment aux travailleurs détachés en vertu de l'article 5 de la loi du 5 mars 2002 (8.7).

Lorsque – plus rarement – la norme de droit social ou du travail violée n'est pas sanctionnée pénalement, le pouvoir adjudicateur **peut** écarter l'offre concernée, dans le respect du principe de proportionnalité et en motivant la raison pour laquelle l'irrégularité est substantielle (ex. : elle confère un avantage discriminatoire au soumissionnaire concerné).

Il peut par exemple s'agir des infractions de niveau 1 du Code pénal social, sanctionnées uniquement par des amendes administratives (ex. : absence d'enregistrement sur le chantier).

6.1.2. Exemples de violations du droit social en principe détectables à la lecture de l'offre

Certaines infractions au droit social ne sont pas détectables au stade de l'offre, car elles ne se matérialisent qu'en cours d'exécution du contrat (ex. : l'identification d'une fausse indépendance suppose d'examiner comment le contrat est exécuté, afin de constater l'existence d'un lien de subordination).

D'autres infractions peuvent néanmoins être relevées dans l'offre, par exemple :

Non-respect du salaire minimum applicable

Les salaires minima dépendent du secteur (commission paritaire), de la fonction occupée par le travailleur, de son ancienneté ou encore de ses qualifications.

Il est néanmoins possible de constater un salaire horaire inférieur au salaire minimum absolu applicable dans un secteur. Le site internet du SPF Emploi comprend une base de données des salaires minima par commission paritaire, ainsi que les obligations salariales complémentaires (primes, indemnités, etc.) : <https://www.salairesminimums.be>.

L'information peut notamment être demandée au soumissionnaire dans le cadre d'un contrôle de prix anormalement bas (6.2).

Ne pas confondre ces causes d'irrégularité **des offres** avec la cause d'exclusion (facultative) dans le cadre de la sélection qualitative (en cas de non-respect du droit social ou du travail indépendamment du contenu de l'offre – 5.1.5).

Imaginons qu'un pouvoir adjudicateur lance un marché public de désinfection « Covid-19 » des locaux d'une école. Le prix global d'un des soumissionnaires est apparemment anormalement bas et le pouvoir adjudicateur lui adresse une demande de justification. Dans le cadre de cette justification, l'entreprise indique respecter le taux horaire de « 13,4260 euros » applicable dans le cadre de la Commission paritaire 121 (nettoyage). Or, la consultation du site internet « www.salairesminimums.be » permet de constater que le salaire horaire de 13,4260 euros correspond à celui d'un « nettoyage habituel », et non d'une désinfection (14,8520 euros). L'offre ne respecte pas le salaire minimum applicable et est donc irrégulière.

⁴⁰ Art. 66, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016 ; art. 76, § 1^{er}, al. 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Agrément des bureaux de travail intérimaire

Les agences intérimaires actives en Belgique – y compris les agences étrangères – doivent disposer d'un agrément régional (8.8).

La vérification peut être réalisée en ligne (economie-emploi.brussels ; emploi-wallonie.be ; vlaanderen.be).

Réglementation en matière de bien-être au travail

Le pouvoir adjudicateur est en principe en mesure de déterminer si les mesures décrites par le soumissionnaire sont conformes aux prescriptions de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs et du Code du bien-être au travail (ex. : absence d'équipements de protection individuels obligatoires, stockage inadéquat de substances explosives / inflammables, etc.).

6.2. CONTRÔLE DES PRIX⁴¹

6.2.1. Objectifs du contrôle des prix

L'objectif de la réglementation sur la vérification des prix est double. Il s'agit de protéger :

- le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ;
- les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

6.2.2. L'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics

L'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics a été créé au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale par l'ordonnance du 3 avril 2014⁴². Il est chargé d'apporter aux pouvoirs adjudicateurs régionaux et locaux une aide à la prise de décision administrative en matière de marchés publics (observatoire@ces.brussels ; observatorium@esr.brussels). Il peut notamment fournir une analyse des prix soumissionnés lorsque le pouvoir adjudicateur a des raisons d'interroger le caractère anormalement bas des prix soumis.

⁴¹ Cette section est basée sur une note interne de l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics.

⁴² Ordonnance du 3 avril 2014 portant création d'un Observatoire des prix de référence dans les marchés publics au sein du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale. Cette ordonnance pourrait prochainement être amendée.

Dans certaines hypothèses, les pouvoirs adjudicateurs **régionaux** (et non locaux) doivent solliciter l'avis de l'Observatoire⁴³.

Les pages du site internet de l'Observatoire incluent également un Guide des bonnes pratiques⁴⁴ ainsi que des cahiers spéciaux des charges types commentés et des notes techniques sectorielles (nettoyage, gardiennage, catering, etc.)⁴⁵.

6.2.3. Préalable : rectification des offres

Préalablement à la vérification des prix, le pouvoir adjudicateur doit rectifier les offres qui lui sont remises en cherchant la présence d'erreurs dans les opérations arithmétiques ou d'erreurs purement matérielles⁴⁶ relevées par lui ou par le soumissionnaire dans les documents du marché⁴⁷. Dans ce cadre, l'acheteur public doit rechercher l'intention réelle du soumissionnaire et essayer de comprendre ce que celui-ci a voulu exprimer dans son offre⁴⁸. À cette fin, le pouvoir adjudicateur peut analyser l'offre en comparant celle-ci aux autres offres ou en la comparant aux prix courants. La réglementation précise que « s'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet »⁴⁹. Enfin, si « aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière »⁵⁰.

⁴³ Voy. les pages de l'Observatoire sur le site internet du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale : <https://www.brupartners.brussels/fr/observatory/>

⁴⁴ <https://www.brupartners.brussels/fr/observatory/publications-et-documents-utiles/guide-des-bonnes-pratiques-1>

⁴⁵ <https://www.brupartners.brussels/fr/observatory/publications-et-documents-utiles>

⁴⁶ Il s'agit de l'erreur « qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion ». (C.E., arrêt n° 232.738, 28 octobre 2015). Par contre, ne constitue pas la réparation d'une erreur matérielle, la correction de prix unitaires dont il n'apparaît pas du reste de l'offre que les prix seraient erronés ou ne correspondraient pas à la volonté du soumissionnaire (CE, arrêt n° 234.045 du 7 mars 2016). Constitue une erreur purement matérielle, l'erreur dénoncée par le soumissionnaire lui-même dès le lendemain de la remise d'offre et qui apparaît effectivement comme une aberration sur la base de l'analyse des prix du pouvoir adjudicateur et des prix des autres soumissionnaires (CE, arrêt n° 232.738, 28 octobre 2015).

⁴⁷ Art. 34, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁴⁸ Art. 34, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁴⁹ Art. 34, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

⁵⁰ Art. 34, § 2, al. 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le pouvoir adjudicateur peut donc interpellier le soumissionnaire afin de faire rectifier son offre. Cependant, si la réponse de ce dernier ne s'avère pas concluante, le pouvoir adjudicateur peut :

- rectifier l'offre sur base de ses constatations ;
- appliquer les prix unitaires ;
- écarter l'offre pour cause d'irrégularité substantielle.

6.2.4. Analyse des offres et vérification des prix ou des coûts

Le pouvoir adjudicateur est obligé de procéder, une fois la rectification éventuelle des offres opérée, à la vérification des prix des offres introduites, quels que soient l'objet du marché et la procédure de passation utilisée⁵¹.

Le pouvoir adjudicateur a donc bien l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix et doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a procédé à ce contrôle quelle que soit la procédure⁵². Un simple tableau reprenant tous les prix des offres ne suffit pas à démontrer que le pouvoir adjudicateur a effectivement vérifié ces prix⁵³.

En l'absence de la notion de « prix anormal » ou de règles permettant l'identification d'un tel prix, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer la méthode à utiliser pour identifier les offres de prix anormalement bas ou hauts.

Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur peut :

- comparer les offres à l'estimation préalable du montant du marché public et identifier l'une d'entre elles comme étant, de prime abord, anormale dès lors que le montant de cette offre est nettement inférieur à cette estimation ;
- se référer aux autres prix remis dans le cadre de ce marché ;
- se référer aux prix des marchés antérieurs.

Le pouvoir adjudicateur peut également se baser sur l'avis d'autres services compétents.

51 Art. 84 de la loi du 17 juin 2016 ; art. 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

52 C.E., arrêt n° 245.328 du 28 août 2019.

53 C.E., arrêt n° 241.714 du 5 juin 2018.

6.2.5. Demande d'informations nécessaires à la vérification des prix ou des coûts

Lors de la **vérification des prix et des coûts**, le pouvoir adjudicateur peut inviter le **soumissionnaire à fournir « toutes les informations nécessaires »**⁵⁴ à cette analyse. Le pouvoir adjudicateur a donc la possibilité de demander au soumissionnaire des informations complémentaires relatives à son prix lorsqu'il apparaît que l'acheteur public doit se questionner quant à la normalité du prix en question. Ces informations peuvent consister, par exemple, en des précisions quant à ce que recouvre le prix soumissionné, une confirmation que ledit prix prend en compte l'ensemble des spécifications techniques du cahier des charges, etc. Ces informations recueillies par le pouvoir adjudicateur ne doivent pas, à ce stade, être considérées comme des justifications de prix ou de coûts au sens de l'article 36 de l'arrêté royal. Cette démarche ne préjudicie donc pas la possibilité de l'acheteur public de réclamer à son soumissionnaire, par la suite, lors de l'examen des prix et des coûts, des justifications sur ces prix.

6.2.6. Demande de justifications

Objet de la demande de justifications

Si les informations reçues ne sont pas de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur de la normalité du ou des prix mis en cause, le pouvoir adjudicateur doit, avant d'écarter l'offre en cause pour cette raison exiger du soumissionnaire qu'il fournisse des justifications concernant la composition des prix concernés⁵⁵. Il invite par lettre recommandée le soumissionnaire à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du ou des prix en cause dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoit un délai plus long⁵⁶.

Dans sa demande de justifications de prix, le pouvoir adjudicateur doit exiger d'obtenir la composition exacte et précise du ou des prix concerné(s). Pour ce faire, il est important que le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à lui communiquer le détail du prix de chacun des postes et, notamment, le « coût salaire » si le marché en question se trouve être un marché à forte densité de main-d'œuvre.

54 Art. 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

55 Art. 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, cet article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros.

56 Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

L'arrêté royal du 18 avril 2017 précise que « Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement. »

En outre, en cas de prix apparemment anormal, les justifications doivent obligatoirement porter, au minimum, sur le respect du droit environnemental, du droit social et du droit du travail, en ce compris les obligations applicables sur le plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale.

Marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur

Un pouvoir adjudicateur ne doit pas interroger un soumissionnaire s'il n'estime pas devoir écarter l'offre de ce dernier pour cause de prix anormaux. Il dispose donc d'une certaine marge d'appréciation.

Si un pouvoir adjudicateur ne doit pas spécialement motiver sa décision lorsqu'il estime qu'un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir du dossier administratif qu'il a bien procédé à la vérification des prix⁵⁷.

Précisons également qu'un prix de « zéro euro » doit être considéré par le pouvoir adjudicateur comme un prix apparemment anormal qui doit faire l'objet d'une demande de justifications auprès du soumissionnaire concerné⁵⁸.

Le cas des postes négligeables

La réglementation consacre une exception à l'examen approfondi des prix et à la demande de justifications pour ceux-ci. Il est ainsi prévu que « le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables »⁵⁹.

Le caractère négligeable d'un poste est à déterminer en fonction du marché concerné. Ce caractère négligeable peut être déterminé en fonction du pourcentage du prix du poste par rapport au montant total de l'offre ou par rapport à l'objet du poste et son importance par rapport à l'objet global du marché⁶⁰.

57 C.E., arrêt n° 235.416 du 12 juillet 2016.

58 C.E. arrêt n° 235.580 du 3 août 2016 ; C.E., arrêt n° 230.499 du 12 mars 2015.

59 Art. 36, § 2, al. 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

60 Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017, art. 36 précise que « dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière ».

La présomption d'anormalité de l'article 36, § 4, de l'arrêté royal

Dans le cas d'un marché de travaux ou de services dans un secteur sensible à la fraude (à propos de ces secteurs : **1.2.3**) passé par procédure ouverte ou par procédure restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix ou lorsque le critère prix est pondéré à au moins 50 %, et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en compte, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15%⁶¹ en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires⁶².

6.2.7. Analyse de la demande de justification

Lorsque le pouvoir adjudicateur a reçu les justifications de prix et de coûts, il les analyse afin de déterminer si elles sont de nature à faire taire le soupçon d'anormalité du ou des prix mis en cause et interroger à nouveau le soumissionnaire si nécessaire⁶³.

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier son ou ses prix, c'est à ce dernier qu'il incombe, en réponse à cette invitation, de fournir les justifications qui permettront utilement à l'autorité de considérer qu'en dépit des apparences, les prix proposés sont normaux. La charge de démontrer la normalité du prix incombe donc au soumissionnaire.

En l'absence de justification à l'expiration du délai fixé, le pouvoir adjudicateur doit considérer que le prix est anormal sauf s'il dispose d'informations acquises par ailleurs qui permettent de considérer que le prix concerné est normal.

Pour pouvoir être admises par le pouvoir adjudicateur, les justifications de prix avancées par le soumissionnaire en cause doivent par ailleurs être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait⁶⁴. Les formule de styles et généralités sont inadmissibles⁶⁵.

Les justifications ne peuvent avoir pour effet de modifier les offres⁶⁶, sauf en procédure négociée pour les offres autres que finales.

61 Si l'offre est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix et que le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution, ce pourcentage peut être relevé.

62 Art. 36, §4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

63 Art. 36, § 2, al. 6, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Dans ce cas, le délai initial de 12 jours peut être réduit.

64 C.E., arrêt n° 238.183 du 12 mai 2017.

65 C.E., arrêt n° 240.574 du 25 janvier 2018.

66 C.E., arrêt n° 234.045 du 7 mars 2016 (la justification d'un prix apparemment anormal ne peut pas être le prétexte à la correction d'une erreur (prétendument) purement matérielle).

Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

- 1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
- 2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
- 3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail (qu'il soit ou non pénalement sanctionné).

Un pouvoir adjudicateur peut, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, motiver de façon plus succincte les raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut, toutefois, être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications⁶⁷.

6.2.8. Information d'organes de contrôle en cas de prix anormaux

En cas de rejet d'une offre pour prix anormaux, le pouvoir adjudicateur en informe directement⁶⁸ :

- l'auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence ;
- la Commission d'agrément des entrepreneurs, s'il s'agit de travaux ;
- le Service d'information et de recherche sociale (SIRS), si l'offre est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations de la loi dans le domaine du droit social ou du droit du travail fédéral⁶⁹ ;
- la Commission européenne ainsi que le point de contact fédéral, si l'offre est anormalement basse du fait d'une aide d'État non compatible avec le marché intérieur.

67 C.E., arrêt n° 243.447 du 22 janvier 2019.

68 Art. 36, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

69 Art. 36, § 3, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

6.2.9. Cas pratique

Lors de l'ouverture des offres d'un marché public de services de nettoyage où le critère « prix » est pondéré à 70 %, les prix totaux s'établissent comme suit :

- Offre 1 : 528.900 euros
- Offre 2 : 550.120 euros
- Offre 3 : 604.000 euros
- Offre 4 : 470.350 euros

Estimez-vous qu'un ou plusieurs des prix ci-dessus est anormal ?

Si oui, pouvez-vous, voire devez-vous demander un ou des justifications de prix au(x) soumissionnaire(s) concerné(s) ?

Retrouvez les réponses à la page 32.

6.2.10. Synthèse

Après avoir éventuellement rectifié les offres, le pouvoir adjudicateur doit vérifier les prix des offres introduites, quels que soient l'objet du marché et la procédure de passation choisie. Le pouvoir adjudicateur se réserve la preuve, dans son dossier, qu'il a procédé à un tel contrôle.

Le pouvoir adjudicateur peut, de manière générale, demander aux soumissionnaires toutes les informations nécessaires à cette vérification des prix ou des coûts.

S'il identifie un prix apparemment anormal, le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire concerné à fournir des justifications. Dans certains cas, cette apparence d'anormalité est présumée par la loi. À l'inverse, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si les justifications offertes en réponse à une demande de justification sont satisfaisantes, le prix est considéré comme normal, et l'offre est régulière. En l'absence de justification, ou si ces justifications sont insatisfaisantes, le prix est considéré comme anormal et l'offre doit être écartée. Dans tous les cas, le pouvoir adjudicateur motive sa décision.

En cas de prix anormaux, le pouvoir adjudicateur doit informer certains organes de contrôle.

7. CRITÈRES D'ATTRIBUTION

Le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée sur la base du meilleur prix, du meilleur coût, ou du meilleur rapport qualité/prix.

En général, il n'est pas recommandé, du point de vue de la lutte contre le dumping social, d'attribuer un marché sur la base d'un unique critère prix.

Dans certains cas, il peut au contraire être pertinent de prévoir un prix fixe, déterminé par le pouvoir adjudicateur, de telle sorte que les soumissionnaires sont en concurrence sur la base de la seule qualité (ex. : marché d'architecture dont le pourcentage d'honoraires est déterminé **a priori** par le pouvoir adjudicateur).

Même dans une perspective de lutte contre le dumping social, il n'est pas permis d'utiliser un critère d'attribution lié au prix moyen des offres. Un récent arrêt du Conseil d'Etat (n° 245.310 du 19 août 2019) l'illustre : dans le cadre d'un marché de travaux, le pouvoir adjudicateur avait prévu un critère d'attribution évalué sur la base du prix moyen de l'ensemble des offres. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur entendait se prémunir d'une spéculation ou de prix trop bas qui pourraient affecter ultérieurement l'exécution du marché. Le Conseil d'Etat estime que cet objectif est rencontré dans la réglementation des marchés publics au moyen du contrôle de la normalité des prix. Un critère d'attribution fondé sur le prix moyen ne tend pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais est au contraire susceptible d'aboutir à une meilleure notation d'une offre économiquement moins avantageuse. Un tel critère est discriminatoire.



8. EXÉCUTION DU MARCHÉ

8.1. DÉCLARATION DE TRAVAUX

Plusieurs mécanismes de contrôle ont été mis en place dans le but de lutter contre la fraude sociale.

Parmi ceux-ci figure la déclaration de travaux⁷⁰, dont le régime peut être résumé comme suit :

Quoi ?	Déclaration de tous les travaux de nature immobilière (y compris le gardiennage et nettoyage)
Quels chantiers ?	Chaque marché de 5.000 € hors TVA avec <u>au moins 1</u> sous-traitant et/ou chaque marché à partir de 30.000 € hors TVA avec ou sans sous-traitant.
Qui doit faire la déclaration et quand ?	L'entrepreneur principal, avant le début des travaux (en cas d'amiante, 14 jours avant le début).
Quelles informations ?	Nature des travaux, ainsi que situation et dates de début et de fin des travaux.

⁷⁰ Art. 30ter, § 7, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

8.2. IDENTIFICATION DES TRAVAILLEURS ET CHECKIN@WORK

Régime général issu des règles générales d'exécution

L'identification des travailleurs est primordiale pour contrôler le respect des obligations sociales des entreprises.

En matière de marchés de travaux, l'entrepreneur doit tenir, à un endroit désigné du chantier, la liste mise à jour quotidiennement de tout le personnel qu'il occupe sur le chantier⁷¹. La même obligation vaut pour les sous-traitants⁷².

En outre, l'entrepreneur et ses sous-traitants doivent désigner un représentant installé en Belgique, où le pouvoir adjudicateur pourra se faire produire sur simple demande des informations relatives aux obligations sociales des travailleurs⁷³.

Le journal des travaux – tenu par le pouvoir adjudicateur – doit par ailleurs contenir l'indication, jour par jour, des heures de travail, du nombre et de la qualité des ouvriers occupés sur le chantier⁷⁴.

Ces obligations ne sont pas applicables aux marchés de services, alors que certains d'entre eux sont sensibles à la fraude. Dans ce cas, il peut être opportun d'étendre contractuellement tout ou partie de ces formalités dans les documents du marché⁷⁵.

Checkin@Work

Un système spécifique d'enregistrement des présences, géré par le service **Checkin@Work**, a par ailleurs été mis en place⁷⁶.

⁷¹ Art. 78, § 3, des règles générales d'exécution.

⁷² Art. 78, § 4, des règles générales d'exécution.

⁷³ Art. 78, § 5, des règles générales d'exécution.

⁷⁴ Art. 83, § 1^{er}, des règles générales d'exécution.

⁷⁵ J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 344.

⁷⁶ Art. 31bis et s. de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Ce système peut être résumé comme suit :

Quoi ?	Notification quotidienne des personnes présentes sur le chantier.	
Quels chantiers ?	Chaque chantier temporaire ou mobile où sont effectués des travaux dont le montant total HTVA est égal ou supérieur à 500.000 euros .	
Qui doit faire la déclaration, et quand ?	L'entrepreneur principal doit veiller à ce que ses travailleurs, sous-traitants et travailleurs de ceux-ci, soient enregistrés. Cela est possible en effectuant l'enregistrement soi-même, ou, en convenant clairement avec le travailleur ou le sous-traitant qu'il doit s'enregistrer lui-même.	
Quelles informations ?	<u>Qui doit figurer sur la liste</u> (non exhaustif) • tous les travailleurs sur le chantier (tant de l'entrepreneur principal que du sous-traitant) • les indépendants qui réalisent des <u>TRAVAUX</u> pour l'entrepreneur principal ou les sous-traitants • le coordinateur de sécurité • l'architecte	<u>Qui ne doit pas figurer sur la liste</u> (non exhaustif) • les représentants du donneur d'ordre (p. ex. le fonctionnaire dirigeant ou le contrôleur de chantier) • les représentants des bureaux d'étude de stabilité ou des techniques spéciales • les fournisseurs • les visiteurs occasionnels

8.3. CONTRÔLE DES DETTES SOCIALES ET FISCALES, OBLIGATION DE RETENUE ET RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE

Les donneurs d'ordre (et donc notamment les pouvoirs adjudicateurs), entrepreneurs et sous-traitants qui exécutent ou font exécuter certains travaux (principalement les travaux immobiliers et les travaux relevant de la commission paritaire pour les services de gardiennage et/ou de surveillance) doivent vérifier si leurs entrepreneurs ou sous-traitants ont des dettes fiscales ou sociales⁷⁷.

Cette vérification a lieu en ligne, via le service www.checkobligationderetenue.be.

Si l'entrepreneur a des dettes sociales, le pouvoir adjudicateur doit retenir **35 %** du montant dont il lui est redevable et les reverser à l'ONSS (selon les modalités détaillées par le service en ligne)⁷⁸.

Si l'entrepreneur a des dettes fiscales, le pouvoir adjudicateur doit retenir **15 %** du montant dont il lui est redevable et les reverser au SPF Finances.

Un régime de responsabilité solidaire du donneur d'ordre est organisé si les retenues n'ont pas été réalisées dans les règles⁷⁹.

8.4. RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE SALARIALE

La loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs prévoit des régimes de responsabilité solidaire salariale qui permettent aux travailleurs, sous certaines conditions, d'obtenir subsidiairement le paiement de cette rémunération due auprès de certains tiers appelés les responsables solidaires.

Le **régime général** (art. 35/1 et s. de la loi) prévoit que les donneurs d'ordre (dont les pouvoirs adjudicateurs), les entrepreneurs et les sous-traitants qui sont informés par écrit par l'inspection du travail qu'un entrepreneur ou un sous-traitant qui se trouve en-dessous d'eux dans la chaîne de sous-traitance manque gravement à son obligation de payer la rémunération, peuvent, sous certaines conditions, être tenus solidairement responsables du paiement de certaines dettes salariales. Le régime général s'applique principalement aux travaux immobiliers et aux services de gardiennage.

77 Art. 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ; art. 403 du Code des impôts sur le revenu.
78 Art. 30bis, § 4, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ; art. 403 du Code des impôts sur le revenu.
79 Art. 30bis, §§ 3 et 4, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ; art. 402 du Code des impôts sur le revenu.

Un **régime particulier** de solidarité est par ailleurs aménagé à l'égard du **contractant direct** dans le **domaine de la construction**, qui inclut le **nettoyage** (art. 35/6/1 et s. de la loi). Il ne s'agit pas, ici, d'une responsabilité en chaîne : le donneur d'ordre est solidairement responsable des dettes salariales de l'entrepreneur, mais pas de celles de son sous-traitant (à l'égard des cocontractants indirects plus loin dans la chaîne, l'on applique le régime général). Le régime de solidarité a pour particularité d'être valable pour tous les travailleurs employés en Belgique, y compris les travailleurs détachés. La responsabilité solidaire n'est par ailleurs pas subordonnée à une notification écrite préalable de l'inspection du travail.

Un **régime particulier** est enfin d'application en cas d'**occupation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal** (art. 35/7 et s. de la loi). Il s'agit d'une responsabilité en chaîne, qui n'est pas subordonnée à une notification écrite préalable de l'inspection.

Le Code pénal social prévoit des sanctions pénales à l'encontre du responsable solidaire qui, par exemple, ne procède pas au paiement de la rémunération due⁸⁰.

8.5. SOUS-TRAITANCE

8.5.1. Respect du droit social par les sous-traitants

La sous-traitance est un outil utile et légitime lorsqu'elle a pour but de disposer d'une compétence particulière ou de ressources additionnelles. La sous-traitance est néanmoins parfois utilisée de façon 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 économiques⁸¹. La chaîne de sous-traitance peut également être utilisée pour tenter de masquer des fraudes sociales.

Il s'impose donc de vérifier que la sous-traitance est pratiquée dans le respect du droit social et du travail.

Une entreprise belge peut 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 détachent ensuite des travailleurs en Belgique. Il faut donc, dans cette hypothèse, s'assurer du respect des conditions de détachement et des obligations de sécurité sociale.

L'article 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics rappelle que « **Les 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 [...]** ».

Le non-respect de cette obligation constitue un manquement aux clauses du marché, sanctionnable au moyen de pénalités, de mesures d'office, etc. (8.6).

Dans les marchés sensibles à la fraude, l'adjudicataire doit transmettre au début du marché diverses informations relatives à ses sous-traitants ; il doit ensuite signaler tout changement relatif à ces informations⁸².

8.5.2. Vérification des motifs d'exclusion

Le pouvoir adjudicateur peut demander que le soumissionnaire indique dans son offre la part qui sera sous-traitée et l'identité des sous-traitants⁸³. Il n'y a néanmoins pas d'obligation – et il n'est pas utile –, à ce stade, de vérifier l'existence d'éventuelles causes d'exclusion dans le chef de ces sous-traitants, sauf ceux auxquels il est recouru pour rencontrer les critères de sélection qualitative (5.1.1).

Le pouvoir adjudicateur⁸⁴ :

- **peut** vérifier s'il existe des motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants directs de l'adjudicataire ;
- dans les marchés sensibles à la fraude, au-dessus des seuils européens, **doit** procéder à cette vérification.
- **peut** procéder à la vérification de causes d'exclusion plus en aval dans la chaîne de sous-traitance.

80 Art. 171/1, 171/2/1 et 171/3 du Code pénal social.

81 K. WAUTERS et Y. MARIQUE, « La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics », *M.C.P.*, 2018/1, p. 59.

82 Art. 12/1 des règles générales d'exécution.

83 Art. 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017

84 Art. 12/2 des règles générales d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur demande le remplacement d'un sous-traitant exclu, sans préjudice des possibilités de **self-cleaning** du sous-traitant concerné.

8.5.3. Limitation de la sous-traitance

Par principe, l'adjudicataire peut recourir à la sous-traitance.

Les tempéraments à cette autorisation sont les suivants⁸⁵ :

- un sous-traitant (pas l'adjudicataire) ne peut pas sous-traiter la totalité du marché ;
- un sous-traitant ne peut pas conserver uniquement la coordination du marché ;
- dans les marchés sensibles à la fraude, la chaîne de sous-traitance est limitée, sous peine d'amende :
 - pour les marchés de travaux : maximum 2 ou 3 niveaux de sous-traitance, selon que le marché est groupé dans une **sous-catégorie** (ex. : peinture) ou une **catégorie** de travaux (ex. : entreprise générale) ;
 - pour les marchés de services sensibles à la fraude : maximum 2 niveaux ;
 - un niveau de sous-traitance supplémentaire est possible en cas de circonstances imprévisibles ou moyennant l'accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur.

Certains pouvoirs adjudicateurs limitent parfois contractuellement les possibilités de sous-traitance. La légalité de telles limitations, plus contraignantes que celles découlant des règles générales d'exécution, est néanmoins controversée⁸⁶. Toute limitation doit en tout état de cause être rendue nécessaire par la nature du marché et être proportionnée⁸⁷.

85 Art. 12/3 des règles générales d'exécution.

86 La jurisprudence européenne interdit notamment que le pouvoir adjudicateur exige, par une clause du cahier des charges, que le futur adjudicataire exécute par ses propres moyens un certain pourcentage des travaux faisant l'objet de ce marché (C.J.U.E., C-406/14 du 14 juillet 2016 ; C-63/18 du 26 septembre 2019 ; C-402/18 du 27 novembre 2019). Voy. égal. J.-F. JAMINET, « Debout ! Les adjudicateurs ! Du dumping, faisons table rase », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, pp. 351-352.

87 C.J.U.E., C-292/15 du 27 octobre 2016 ; C-298/15 du 5 avril 2017.

« Dans le présent marché, le pouvoir adjudicateur autorise l'adjudicataire à sous-traiter uniquement dans les conditions suivantes.

L'adjudicataire peut faire appel à maximum X sous-traitants directs (dits sous-traitants de 1^{er} degré). Chacun de ces sous-traitants directs (dits sous-traitants de 1^{er} degré) ne peut faire appel qu'à maximum 1 sous-traitant (dit sous-traitants de 2^{ème} degré). Les sous-traitants de 3^{ème} degré sont interdits ».

8.5.4. Sous-traitance et capacité technique

Le pouvoir 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 marché⁸⁸. Pour les marchés de travaux, les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et en fonction de la part du marché qu'ils exécutent, doivent disposer d'une agréation⁸⁹.

8.5.5. Cas pratique

Lors d'un contrôle sur chantier, vous constatez qu'un ouvrier ne porte pas de chaussures de sécurité. Vous le signalez au représentant de l'entrepreneur principal, qui vous promet d'en fait part au sous-traitant qui emploie l'ouvrier concerné. Le nom de ce sous-traitant vous est inconnu et ne vous a jamais été communiqué. Vous revenez sur le chantier le lendemain et constatez que le même travailleur n'a toujours pas de chaussures de sécurité.

Comment réagissez-vous, sachant que le cahier spécial des charges ne prévoit pas de pénalité spéciale (8.6.2) ?

Sur quelles dispositions des règles générales d'exécution et du Code du bien-être au travail vous fonderiez-vous ?

Retrouvez les réponses à la page 32.

88 Art. 12/4 des règles générales d'exécution.

89 Art. 78/1 des règles générales d'exécution.

8.6. SANCTIONS APPLICABLES PAR L'ADJUDICATEUR

8.6.1. Régime général des mesures d'office et pénalités

L'un des moyens les plus efficaces de lutter contre le dumping social consiste à opérer un contrôle effectif du respect par l'adjudicataire de ses obligations, en particulier en matière de droit social. Idéalement, ce contrôle doit s'opérer non seulement sur la base des documents transmis par l'adjudicataire, mais aussi **de visu** sur le lieux d'exécution du marché.

Le non-respect par l'adjudicataire ou ses sous-traitants du droit social et du travail donne lieu à l'application des mesures habituellement prévues en cas de manquement aux clauses du marché⁹⁰.

Il ne faut à cet égard pas se contenter d'établir un procès-verbal de manquement : il faut **effectivement** prononcer les sanctions disponibles, afin que celles-ci puissent produire un effet dissuasif.

Outre les mesures d'office (notamment la résiliation) et les pénalités, le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exclure l'adjudicataire défaillant de la participation à ses marchés pour une période de trois ans lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché⁹¹. Cette sanction pourrait être envisagée en cas de violation grave ou répétée du droit social.

L'application effective des mesures d'office ou de la sanction d'exclusion, lorsque ces sanctions se justifient, est d'autant plus importante qu'elle permettra à d'autres pouvoirs adjudicateurs de faire usage de la cause d'exclusion relative aux défaillances importantes ou persistantes lors de l'exécution d'une obligation essentielle d'un précédent marché (5.1.6).

8.6.2. Exemples de pénalités

Les pénalités spéciales sont utiles afin de sanctionner de manière spécifiques certaines infractions au droit social.

⁹⁰ Art. 7, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

⁹¹ Art. 48 des règles générales d'exécution.

Nous reprenons ci-dessous quelques exemples inspirés du cahier des charges type Bâtiments 2022⁹² :

Manquement aux articles 7 de la loi et 78, §2 des RGE (salaires minima)	Pénalité spéciale <u>journalière</u> de 400 euros	Par <u>type</u> d'infraction constatée et par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement à l'interdiction de loger des travailleurs sur le chantier	Pénalité spéciale <u>journalière</u> de 400 euros	Par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement aux obligations imposées par le Code sur le bien-être au travail	Pénalité spéciale <u>journalière</u> de 400 euros	Par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement à la condition de langue imposée pour assurer la sécurité sur chantier et la bonne exécution des travaux	Pénalité spéciale <u>journalière</u> de 400 euros	Par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement à l'obligation de remettre les documents LIMOSA (L1) et A1	Pénalité spéciale <u>journalière</u> de 400 euros	Par infraction constatée	
Non-respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance	Pénalité <u>journalière</u> calculée conformément à l'article 12/3, § 3, des RGE		

⁹² <http://batiments.wallonie.be/home.html>.

8.6.3. Autres sanctions

Il est essentiel de dénoncer aux autorités compétentes, et en particulier au Service d'information et de recherche sociale (SIRS), toute infraction grave au droit social constatée lors de l'exécution d'un marché. Le « point de contact pour une concurrence loyale »⁹³ peut notamment être utilisé.

En matière de travaux, une dénonciation à la Commission d'agrément des entrepreneurs est également utile afin que cette Commission puisse le cas échéant revoir l'agrément de l'entrepreneur concerné en raison du manquement constaté au droit social⁹⁴.

8.7. DÉTACHEMENT

8.7.1. Introduction

Il y a détachement lorsque des travailleurs accomplissent temporairement des prestations de travail en Belgique et **soit** travaillent habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs pays autres que la Belgique, **soit** ont été engagées dans un pays autre que la Belgique⁹⁵.

Les pratiques liées aux détachements transfrontaliers de travailleurs et d'indépendants dans le cadre de la libre prestation de services sont souvent citées dans l'actualité du dumping social.

Juridiquement, il y a fraude en la matière lorsqu'une entreprise établie dans l'Union européenne emploie ses travailleurs dans un autre pays de l'Union, en négligeant les dispositions de la directive 96/71/CE⁹⁶ – modifiée en 2018⁹⁷ – et les lois nationales transposant cette directive⁹⁸, en particulier la loi du 5 mars 2002⁹⁹.

La directive tente d'aménager un équilibre entre la libre prestation de services et la protection sociale des travailleurs à travers le droit du travail national. Elle prévoit à cet effet que les prestataires de services étrangers appliquent le « noyau dur » du droit du travail du pays d'accueil.

93 <https://www.meldpuntsocialefraude.belgie.be>.

94 Art. 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, qui renvoie à l'article 7 de la loi du 17 juin 2016.

95 Art. 2, 2°, de la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci.

96 Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

97 Directive 2018/957 du Parlement et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. Cette directive n'a pas encore été transposée en droit belge.

98 K. NEVENS, *Droit pénal social*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 492 et s.

99 Loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci.

En Belgique, il s'agit des conditions de travail, de rémunérations et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles sanctionnées pénalement¹⁰⁰ :

- périodes de travail maximum et périodes de repos minimum (en principe 38h/semaine, 8h/jour et pas de travail le samedi ou dimanche) ;
- nombre minimum de jours de congé payés ;
- salaires minima, indemnités pour heures supplémentaires ;
- conditions de mise à disposition de travailleurs, notamment par les agences d'intérim ;
- mesures de protection relatives aux conditions de travail des femmes enceintes ou ayant accouché récemment, des enfants et des jeunes ;
- traitement égal des hommes et des femmes, ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

Il s'agit, en pratique, de la quasi-totalité du droit du travail.

Outre le non-respect de ce noyau dur, la fraude est également évidente lorsqu'une entreprise invoque les règles relatives au détachement, alors qu'il n'existe pas de **réelle** prestation de service intracommunautaire. C'est par exemple le cas lorsque l'entreprise concernée n'a pas d'activités substantielles dans son propre pays, à l'exception d'activités de pure administration interne. Lorsque l'entreprise n'a **aucune** activité dans le pays où elle est pourtant domiciliée, il est question d'un établissement fictif par le moyen d'une société boîte aux lettres.

100 Art. 5 de la loi du 5 mars 2002.

8.7.2. Formulaire A1

Tout travailleur salarié ou indépendant qui exerce une activité dans plusieurs pays de l'Union européenne doit disposer d'un formulaire A1 qui prouve l'assujettissement à la sécurité sociale du pays qui détache¹⁰¹.

S'agissant plus précisément du travailleur salarié qui travaille momentanément dans un autre pays de l'Union, il doit s'assurer que son employeur lui a remis le formulaire A1. Ce formulaire est obtenu auprès de l'organisme compétent du pays d'envoi et atteste que le travailleur est redevable des cotisations de sécurité sociale dans son pays d'origine, et qu'il en est exempté en Belgique pour une période de 24 mois maximum¹⁰². Le travailleur ne peut pas être envoyé en remplacement d'une autre personne.

Le travailleur salarié ou indépendant doit pouvoir présenter le formulaire A1 à tout moment pendant son séjour en Belgique. Dans le cas contraire, et pour tous les travaux immobiliers, le pouvoir adjudicateur doit appliquer une retenue de 35 % au moment du paiement des factures.

Si cette retenue n'est pas appliquée, le pouvoir adjudicateur peut être tenu solidairement responsable pour le paiement des cotisations sociales dues à la sécurité sociale belge (8.4).

¹⁰¹ Voy. la boîte à outils de la Confédération Construction à ce sujet : <http://www.confederationconstruction.be/Portals/28/Dumping%20Social/boite%20%C3%A0%20outils%203.pdf>.

¹⁰² Art. 12 du règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

A1



Coordination des systèmes
de sécurité sociale

**Certificat concernant la législation
de sécurité sociale applicable au titulaire**
Règlements (CE) n° 883/04 et (CE) n° 987/09 (*)

INFORMATIONS À L'ATTENTION DU TITULAIRE

Ce certificat concerne la législation de sécurité sociale à laquelle vous êtes assujettie(e) et confirme que vous n'êtes pas tenu(e) de cotiser dans un autre État.

Avant de quitter l'État dans lequel vous êtes assuré(e) pour vous rendre dans un autre État pour y travailler, assurez-vous que vous êtes bien en possession des documents attestant vos droits pour bénéficier des prestations en nature nécessaires (par exemple, soins médicaux, hospitalisation, etc.) dans l'État de travail.

- Si vous séjournez temporairement dans l'État où vous travaillez, demandez à votre institution compétente en matière de soins de santé de vous délivrer une carte européenne d'assurance maladie. Si vous avez besoin de prestations en nature durant votre séjour, vous devrez présenter cette carte au prestataire de soins.
- Si vous allez résider dans l'État où vous travaillez, demandez à l'institution compétente en matière de soins de santé de vous délivrer le document S1 et présentez-le le plus tôt possible à l'institution compétente en matière de soins de santé du lieu où vous allez travailler (**).

À titre provisoire, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, des prestations particulières seront également servies par l'institution d'assurance du pays de séjour.

1. RENSEIGNEMENTS CONCERNANT LE TITULAIRE

1.1	Numéro d'identification personnel	☐ Femme	☐ Homme
1.2	Nom		
1.3	Prénoms		
1.4	Nom de naissance (**)		
1.5	Date de naissance	1.6	Nationalité
1.7	Lieu de naissance		
1.8	Adresse dans l'État de résidence		
1.8.1	Rue, n°	1.8.3	Code postal
1.8.2	Ville	1.8.4	Code du pays
1.9	Adresse dans l'État de séjour		
1.9.1	Rue, n°	1.9.3	Code postal
1.9.2	Ville	1.9.4	Code du pays

2. ÉTAT MEMBRE DONT LA LÉGISLATION S'APPLIQUE

2.1	État membre	2.3	Date de fin
2.2	Date de début		
☐ 2.4 Le certificat est valable pendant toute la durée de l'activité			
☐ 2.5 Il s'agit d'une détermination provisoire			
☐ 2.6 Le règlement (CE) n° 1408/71 reste applicable, en vertu de l'article 87 (8) du règlement (CE) n° 883/2004			

(*) Règlements (CE) n° 883/2004, articles 11 à 16, et (CE) n° 987/2009, article 19.

(**) Pour l'Espagne, la Suède et le Portugal, ce certificat doit être communiqué respectivement aux directions provinciales de l'Institut national de la sécurité sociale (INSS), à l'Office des assurances sociales et à l'Institut de la sécurité sociale du lieu de résidence.

(***) Renseignements communiqués par le titulaire à l'institution, lorsque celle-ci n'en dispose pas.

©Commission européenne

1/3

Limosa declaration certificate (Document L1)

Preceding declaration employee

Declaration submitted on 19/03/2020 10:53
 Declaration number 123456789 0123 1234
 Period of employment 19/03/2020 - 19/03/2020
 Sector Construction



Employee

Name ***** First name MARIE
 Belgian identification nr. 9*.**.***.02

Company

VAT number FR20 **** 3
 Name ***** - SOCIETE NOVATRICE D'ETUDES

Street rue test, Number 11, Box A
 Postal code 12345 Municipality GAILLON (PARIS)
 Country France

Temporary work Yes
 Authorisation N° BRU 11111111111
 Authorisation N° FL 22222222222
 Authorisation N° WL 33333333333

Belgian client

CBE number 4*.***.***6
 Name *****

Street Avenue *****, Number 20
 Postal code - Municipality 1060 - Saint-Gilles

Place of employment

Name company *****
 Street Avenue *****, Number 20
 Postal code - Municipality 1060 - Saint-Gilles

1 / 1

Limosa Contact Center: tel: +32 2 788 51 57 (Monday to Friday, 7 AM - 8 PM, GMT+1) | e-mail: limosa@eranova.fgov.be

This form merely provides proof that a Limosa declaration has been made; it does not satisfy other obligations in respect to the provision of services and/or employment in Belgium. See www.limosa.be

8.7.3. Limosa (document L1)

Tous les travailleurs (salariés et indépendants) qui se rendent en Belgique pour y effectuer des missions temporaires ou partielles et qui ne sont donc pas soumis à la sécurité sociale belge doivent déclarer la nature de leurs activités sur le site de la Limosa avant même d'entamer leurs activités.

Chaque travailleur ou indépendant détaché doit présenter cette preuve de déclaration Limosa (document L1) à son client belge avant de commencer ses activités. La preuve de déclaration Limosa doit toujours être soumise en cas de contrôle éventuel par un service d'inspection social. Si la preuve de déclaration ne peut être présentée, le pouvoir adjudicateur est tenu de déclarer l'absence de la preuve via le portail de la sécurité sociale¹⁰³.

8.8. AGENCES D'INTÉRIM

Les bureaux de travail intérimaires doivent obligatoirement être préalablement reconnus. Les règles relatives aux conditions d'agrément et de procédure relèvent de la compétence des régions concernées¹⁰⁴. Ces règles s'appliquent également aux entreprises de travail intérimaires basées dans d'autres États membres de l'Union¹⁰⁵.

Ces règles visent notamment à protéger les travailleurs intérimaires dans le cadre de l'exercice de leur travail, en exigeant de l'employeur qu'il présente des garanties suffisantes en matière de stabilité financière, de connaissance et de respect du droit du travail, etc. Le fait de faire appel à des entreprises intérimaires qui ne sont pas agréées, et ne répondent donc pas aux conditions strictes des réglementations régionales à cet égard, peut conférer un avantage concurrentiel indu à l'entreprise concernée.

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si l'entreprise intérimaire bénéficie bien d'un agrément ou d'une dispense d'obtenir un tel agrément. Le plus souvent, cette vérification peut être réalisée en ligne, sur le site des collectivités concernées, qui publient une liste des entreprises intérimaires agréées¹⁰⁶. Le droit social belge est entièrement d'application aux travailleurs intérimaires.

¹⁰³ https://www.socialsecurity.be/site_fr/employer/applics/meldingsplicht/index.htm.

¹⁰⁴ Région flamande : décret du 10 décembre 2010 relatif au placement privé, art. 9 à 13. Région wallonne : décret du 3 avril 2009 relatif à l'enregistrement ou à l'agrément des agences de placement, art. 4 à 9; Région de Bruxelles-Capitale : ordonnance du 14 juillet 2011 relative à la gestion mixte du marché de l'emploi dans la Région de Bruxelles-Capitale, art. 8 à 11; Communauté germanophone : décret du 11 mai 2009 relatif à l'agrément des agences de travail intérimaire et à la surveillance des agences de placement privées, art. 4 à 10.

¹⁰⁵ La plupart des textes précités prévoient néanmoins un assouplissement des conditions d'agrément pour les entreprises établies sur le territoire de l'Union, en leur permettant de démontrer qu'elles remplissent des conditions d'agrément équivalentes dans leur pays d'établissement.

¹⁰⁶ En Région wallonne, http://emploi.wallonie.be/files/PublicationsDEI/AGR_PUBL_EMPLOI_PLAC.XML, en Région flamande, <https://www.werk.be/online-diensten/bureaus-private-arbeidsbemiddeling/erkenningvan-uitzendbureaus/lijsten-erkende-bureaus> et en Région Bruxelles-Capitale http://werk-economie-emploi.brussels/fr_FR/agences-d-emploi-privées.

8.9. OCCUPATION DE TRAVAILLEURS ÉTRANGERS PAR UNE ENTREPRISE BELGE

La matière de l'occupation de travailleurs étrangers par des entreprises belges est particulièrement complexe, notamment en raison de sa régionalisation¹⁰⁷ avec maintien partiel d'une compétence fédérale¹⁰⁸.

Dans les grandes lignes, pour travailler en Belgique, un ressortissant d'un pays tiers qui réside en Belgique doit être porteur d'un document qui diffère selon sa nationalité et la durée de l'objet de son séjour. Le droit social belge est entièrement d'application aux travailleurs étrangers ainsi employés en Belgique. Une forme de dumping social consiste à occuper des travailleurs sans permis de séjour ni permis de travail.

8.10. DURÉE DU TRAVAIL

La durée du travail est le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur.

La durée du travail est notamment réglementée par la loi du 16 mars 1971 sur le travail, selon laquelle, en principe :

- la durée du travail ne peut dépasser 8 heures par jour, ni 40 heures par semaine.
- le travail de nuit est interdit : un employeur ne peut pas occuper ses travailleurs entre 20 heures le soir et 6 heures le matin.
- il est interdit d'occuper des travailleurs le dimanche.

Dans le secteur de la construction¹⁰⁹, les travaux ne peuvent en principe pas être exécutés :

- avant 7 heures et après 18 heures ;
- le samedi ;
- le dimanche ;
- un jour férié ou un jour de remplacement.

Des exceptions à la durée du travail sont néanmoins prévues :

- il est par exemple permis d'exécuter des travaux le dimanche en vue de faire face à un accident survenu ou imminent, ou des travaux commandés par une nécessité imprévue¹¹⁰ ;
- des travaux de nuit sont à certaines conditions autorisés en vue de la construction, de l'entretien et de la réparation de routes, voies ferrées, tunnels, ponts, installations portuaires et aéroports, de l'installation de signalisation et de la pose de câbles¹¹¹ ;
- dans le secteur de la construction, le travail le samedi est autorisé lorsqu'ils ne peuvent être exécutés à aucun autre moment, ou lorsque l'exécution simultanée d'activités de construction et d'autres activités comporte un risque important pour la sécurité et/ou la santé des travailleurs ou des tiers, ou lorsque ces travaux ne sont pas compatibles avec d'autres activités pour des raisons techniques¹¹².

107 Loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers (modifiée par les entités fédérées).

108 Loi du 9 mai 2018 relative à l'occupation de ressortissants étrangers se trouvant dans une situation particulière de séjour.

109 Loi du 6 avril 1960 concernant l'exécution de travaux de construction.

110 Art. 12 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

111 Arrêté royal du 20 mai 1998 autorisant le travail de nuit pour l'exécution de certains travaux dans les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de la construction.

112 Arrêté royal n° 213 du 26 septembre 1983 relatif à la durée du travail dans les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de la construction.

9. CHECK-LIST DES PRINCIPAUX MOYENS DE LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL

- ① Sensibiliser les soumissionnaires à la lutte contre le dumping social en mettant cette problématique en évidence dans le cahier des charges.
- ② Vérifier l'existence d'éventuelles dettes fiscales ou sociales.
- ③ Vérifier l'existence d'éventuelles autres causes d'exclusion, y compris, « par tout moyen approprié », des violations du droit social.
- ④ Contrôler la régularité des offres en y décelant d'éventuelles violations du droit social.
- ⑤ Contrôler la normalité des prix et informer les organes de contrôle concernés en cas de rejet d'une offre pour prix anormaux.
- ⑥ Prévoir de préférence des critères qualitatifs suffisamment pondérés à côté du critère « prix/coût ».
- ⑦ En cours d'exécution, vérifier l'existence d'éventuelles dettes sociales et fiscales, et opérer les retenues qui s'imposent.
- ⑧ Vérifier l'existence d'éventuels motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants directs, au minimum pour les marchés sensibles à la fraude au-dessus des seuils européens.
- ⑨ Contrôler le respect des limites à la chaîne de sous-traitance.
- ⑩ Contrôler effectivement le respect par l'adjudicataire de ses obligations, en particulier en matière de droit social, établir les procès-verbaux de manquement qui s'imposent, et appliquer des sanctions effectives et dissuasives.
- ⑪ Signaler aux autorités compétentes, et en particulier au SIRS, toute infraction grave au droit social.



10. RÉPONSES AUX CAS PRATIQUES

10.1. CAS PRATIQUE 1

- Le DUME ne s'applique qu'aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, ce qui est le cas ici. Le DUME doit être produit par le candidat, c'est-à-dire ici par les deux associés de l'association momentanée (SPRL Architekt et SARL Teknik). Le DUME doit également être rempli par tout tiers aux capacités duquel il est fait appel pour remplir un critère de sélection. Ici, Madame Bonneville est sous-traitante, mais l'association momentanée n'a pas besoin de ses capacités pour rencontrer les critères de sélection qualitative. Le DUME ne doit donc être rempli que par la SPRL Architekt et la SARL Teknik.
- Si l'existence de dettes fiscales ou sociales ne peut pas être vérifiée au moyen de Télémarc, il faut demander au bureau français concerné de fournir une attestation récente.
- Madame Bonneville est une sous-traitante ; il n'est pas fait appel à ses capacités pour rencontrer les critères de sélection, de sorte que l'existence d'éventuelles causes d'exclusion ne doit pas être vérifiée au stade de la sélection qualitative. Cette vérification pourra avoir lieu au stade de l'exécution (cette vérification n'est cependant pas obligatoire, car il ne s'agit pas d'un marché sensible à la fraude).

10.2. CAS PRATIQUE 2

Si un soumissionnaire se trouve dans une situation d'exclusion, la déclaration implicite sur l'honneur applicable ne porte pas sur la situation d'exclusion concernée. Dans ce cas, le soumissionnaire doit en principe mentionner la situation d'exclusion et faire valoir des mesures correctrices.

Si Goodfellas a effectivement commis les infractions qui ont fait l'objet des 6 PV établis par l'autre pouvoir adjudicateur, Goodfellas devrait donc en principe en faire état dans son offre et mentionner les mesures correctrices prises. Vous devrez alors apprécier si ces mesures correctrices sont adéquates.

Si Goodfellas ne fait pas état des infractions dont vous avez connaissance, vous pourrez vous prévaloir des PV établis par l'autre pouvoir adjudicateur en tant que « moyen approprié » pour démontrer que Goodfellas a manqué à ses obligations sociales.

10.3. CAS PRATIQUE 3

Un marché de nettoyage est un marché de services sensible à la fraude. Le prix est pondéré à plus de 50 % et au moins 4 offres sont prises en considération. L'on applique donc la présomption d'anormalité en cas d'écart de plus de 15 % en dessous de la moyenne des offres.

La moyenne des prix s'établit à 538.342,5 euros.

L'offre n° 4 s'écarte de 12,6 de cette moyenne. Elle n'est donc pas **présumée** anormalement basse et le pouvoir adjudicateur n'a **pas l'obligation** de demander une justification de prix.

Rien n'interdit néanmoins le pouvoir adjudicateur de considérer, au vu des particularités du marché, qu'un tel écart donne l'apparence d'un prix anormalement bas. Dans ce cas, il demande au soumissionnaire concerné de fournir des justifications.

10.4. CAS PRATIQUE 4

Tout employeur doit déceler les risques inhérents au travail et prendre les mesures matérielles appropriées pour y obvier, y compris au besoin par des équipements de protection individuelle (art. 5 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ; art. IX.2-2 et s. du Code du bien-être au travail). Des chaussures de protection doivent être mises à disposition des travailleurs dans les cas visés au point 4 de l'annexe IX.2-2 du Code du bien-être au travail.

L'entrepreneur doit respecter le droit social et le faire respecter par ses sous-traitants (art. 7 de la loi du 17 juin 2016). L'entrepreneur assume donc la responsabilité des manquements de ses sous-traitants.

Comme pour tout autre défaut d'exécution, il faut établir un PV de manquement et laisser à l'entrepreneur l'occasion de faire valoir d'éventuels moyens de défense (art. 44 des règles générales d'exécution).

Le PV de manquement doit mentionner non seulement les infractions au droit social, mais aussi le fait que l'entrepreneur principal n'a pas signalé l'intervention du sous-traitant concerné (art. 12/1 des règles générales d'exécution).

Le cahier spécial des charges ne prévoit pas de pénalité spéciale, mais cela n'empêche pas d'appliquer une pénalité générale (art. 45 des règles générales d'exécution).

NOTES

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

NOTES

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

NOTES

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



erap-gsob.brussels 

Public · Governance · Skills



bps-bpv

.brussels 

Bruxelles Prévention & Sécurité
Brussel Preventie & Veiligheid

Auteur : Maxime Vanderstraeten, avocat

Ecole Régionale d'Administration Publique

Rue Capitaine Crespel 35

1050 Bruxelles

Tél : +32 2 512.06.02

info@erap-gsob.brussels

www.erap-gsob.brussels