



De la concurrence effective à la concurrence loyale

Substitution réglementaire dans la lutte contre le dumping social en matière de sous-traitance

Dr Yseult Marique (Speyer, Essex & ULB) et Professeur Kris Wauters (UCL)

1. Sous-traitance: avantages et inconvénients
2. Sous-traitance et dumping social dans la directive “détachement des travailleurs”: une voie (temporairement?) sans issue
3. Sous-traitance et dumping social dans la directive “marché public”
4. Transposition en Belgique
5. Conformité au droit européen? Quelques certitudes et beaucoup de questions
6. Réflexions
7. De la concurrence effective à la concurrence loyale

Sous-traitance

» Aspects positifs

- › Un interlocuteur unique pour le maître d'ouvrage
- › Procurer les compétences techniques pour la réalisation de l'ouvrage
- › Flexibilité d'organisation des moyens en personnel
- › Etc.

» Problèmes

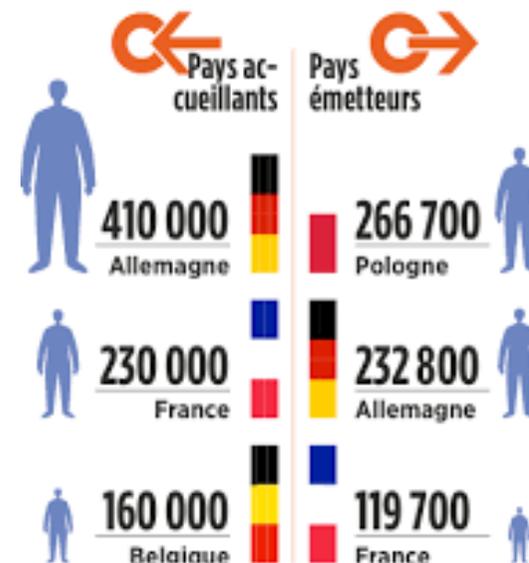
- › Opportunisme et pressions (extrêmes) sur les coûts => Exploitation des "petits" maillons de la chaîne
- › Pratiques frauduleuses et non respect des législations sociales et fiscales
- › Difficulté de contrôle et de mise en cause de la responsabilité (dans les longues chaînes)

La situation se complique car les distinctions avec la mobilité des travailleurs provenant de pays à “bas salaire” sont floues

EXPLOITATION MODERNE
 CONCURRENCE DÉLOYALE
DUMPING SOCIAL
 SAIRES DE MISÈRE
 ENTREPRISES BOÎTES AUX LETTRES
 ACHÈMENTS FRAUDULEUX
 PAUVRETÉ
 INÉGAL
 PERTES D'E

travail égal, salaire égal sur le même lieu de trava
 La **CSC**, la **FGTB** et la **CGSLB**
 des actes concrets pour lutter contre le dumping

QUELS PAYS ACCUEILLEN ET ÉMETTENT LE PLUS DE SALARIÉS DÉTACHÉS ?
 Chiffres pour 2014



Sous-traitance et dumping social: attaquer le problème par la racine

- » Le problème: la directive “détachement des travailleurs” (96/71/CE)
 - » Bloc minimal de protection des travailleurs par les pays d’accueil
 - » Permet à des travailleurs de pays à “faibles” salaires de travailler dans des pays à “hauts” salaires => impact sur le niveau d’emploi des travailleurs locaux
- » La jurisprudence de la Cour de Justice : protection sociale = entrave à la liberté de circulation
 - » En général: *Viking* (C-438/05) et *Laval* (C-341/05)
 - » Marché public: *Rüffert* (C-346/06)
- » Modification minimale: Directive 2014/67/EU
 - » Responsabilité (facultative) solidaire pour le salaire de l’employé (premier maillon)
- » Révision d’envergure: Proposition de directive de la Commission (2016)
 - » Opposition des parlements nationaux (carte jaune)
- » En bref: voie temporairement sans issue => chercher une autre piste

Un autre angle d'attaque: Article 71 Directive 2014/24

» Préambule

- Application du droit environnemental / social / du travail – MAIS pas d'obstacles à l'application de conditions de travail plus favorables pour les travailleurs (al. 37)
- Respect du principe de l'égalité de traitement, application en conformité avec la directive 1996/71/CE et sans créer des discriminations directes ou indirectes à l'égard des acteurs économiques et des travailleurs des autres Etats membres

» Principes

- Mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes pour assurer le respect par les opérateurs économiques des obligations environnementales et sociales (art. 71.1)
- Pas de modification de la responsabilité du contractant principal en cas de sous-traitance (art. 71.4)

» Remarque

- Pas de définition de la sous-traitance



Un autre angle d'attaque: Article 71 Directive 2014/24

» Facultés et obligations

- Faculté d'exiger d'indiquer dans l'offre toute part du marché que le soumissionnaire a l'intention de sous-traiter (+ les sous-traitants proposés)
- Faculté d'organiser le paiement direct par l'adjudicateur au sous-traitant
- Obligation dans les marchés de travaux et services fournis dans un local sous la surveillance directe de l'adjudicateur => indication de l'identification des sous-traitants communiquée à l'adjudicateur (+ changement)
- Faculté d'extension possible de cette identification dans d'autres marchés ou à d'autres maillons de la chaîne
- Faculté de vérifier s'il existe des facteurs d'exclusion (obligatoire ou facultative) dans le chef des sous-traitants – obligation de remplacement du sous-traitant si ces facteurs sont présents
- Faculté pour les EM d'édicter des règles de responsabilité plus strictes ou d'étendre le système de paiement direct
- En cas d'usage des facultés prévues, les EM ont la faculté de modaliser les règles par rapport à certains types de marchés / pouvoirs adjudicateurs / opérateurs économiques / montants



En bref

» Principes

- » Respect des principes de libre circulation (art. 18.1)
- » Concurrence (al. 1^{er} préambule)
- » Respect du droit social
- » Respect du principe d'égalité de traitement
- » Pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques ou des travailleurs d'autres EM
- » Pas d'obstacles à des conditions de travail plus favorables pour les travailleurs

» Modalités

- » Large pouvoir d'appréciation des EM (formulation de l'art. 71)
- » En pratique: vraie marge de manoeuvre ou illusion?
- » Comment tout respecter sans heurter l'un ou l'autre des principes?
- » Créativité

Transposition en Belgique

Développement d'un arsenal administratif

- » Objectif principal
 - › Lutte contre la fraude sociale (voir travaux préparatoires)
 - › S'inscrit dans le plan de "concurrence loyale"

- » Principes

- » Réglementation

- » Machinerie administrative

Transposition en Belgique

Principes – Loi du 17 juin 2016

» Article 5§1^{er}

“Un **ADJUDICATEUR** ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le **soustraire** au champ d'application de la présente loi ou de **limiter artificiellement la concurrence**. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les **OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES** ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à **fausser les conditions normales de la concurrence**.”

» Article 7

“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, les conventions collectives [...].

Transposition en Belgique

Réglementation

- » Augmenter la transparence de la chaîne de la sous-traitance par l'identification des sous-traitants
 - » Information en cas de changement

- » Vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de sous-traitants
 - » // au système applicable pour les contractants principaux
 - Motifs obligatoires (fraude, travail des enfants, traite des êtres humains, occupation de ressortissants en situation de séjour illégal)
 - Motifs facultatifs: Respect du principe de proportionnalité

 - » Obligation de vérifier la situation des sous-contractants dans les secteurs sensibles à la fraude (donc not. les marchés de travaux), pour le premier maillon
 - mais peut être étendue au-delà de ce maillon ou dans d'autres marchés



Transposition en Belgique

Réglementation

- » Exclusion de la sous-traitance totale
 - » Pas garder seulement une mission de coordination

- » Limitation de la chaîne de la sous-traitance
 - » Selon les cas à deux, trois voire maximum quatre maillons

- » Respect de la réglementation de l'agrément des entreprises par les sous-traitants

Transposition en Belgique

» Droit européen

- » Respect liberté de circulation / concurrence
- » Respect droit envirtm/social
- » Transparence de la chaîne de sous-traitance
- » Motifs d'exclusion (variations selon diff. Critères: secteurs, adjudicateurs, montants etc.)

» Droit belge

- » Respect liberté de circulation / concurrence => concurrence "loyale"
- » Respect droit envirtm/social
- » Transparence de la chaîne de sous-traitance
- » Motifs d'exclusion (identification de secteurs sensibles à la fraude)
- » Exclusion de la sous-traitance totale
- » Limitation de la chaîne de sous-traitance à 2, 3 ou 4 maillons
- » Respect de la réglementation sur l'agrégation des entreprises

Transposition en Belgique

Système administratif

» Mesures informatives et pédagogiques

- › Guide officiel relatif à la lutte contre la fraude sociale de la Chancellerie
- › Vade-mecum Région wallonne

» Mesures techniques relatives à l'ensemble des marchés publics

- › Obtention d'informations pour les adjudicateurs (ex. Télémarc)
- › Datamining en cours de développement pour identifier les profils problématiques

» Mesures relatives aux marchés publics (individuels)

- › Ex: Circulaire wallonne (30 mars 2017)
 - Insertion de clauses visant à promouvoir la concurrence loyale et à lutter contre le dumping social dans les marchés publics.
 - Obligation d'utiliser les outils wallons dans tous les marchés publics de travaux à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs wallons régionaux

» Inspections, poursuites et sanctions

Conformité de la transposition belge au droit européen



Position de la Cour de justice

Certitudes

- › Elle n'aime pas les systèmes "absolus", les interdictions générales etc.
 - Cfr. *Fabricom*, *Varec*
- › Elle a condamné les mécanismes suivants
 - Obligation pour l'adjudicataire d'exécuter lui-même au moins 25 % du marché (*Wroclaw*)
 - Obligation pour chaque partenaire au contrat d'exécuter une part du marché équivalant proportionnellement à sa contribution à établir l'expérience professionnelle du partenariat au stade de la passation du contrat (*Borta*)
- › En matière de salaire minimal: fluctuations et incertitudes
 - Refus dans *Bundesdruckerei*
 - Acceptation dans *RegioPost*

Position de la Cour de Justice

Incertitudes: Comment procède-t-elle à son contrôle?

- » Vérification de la conformité à la directive “marché public” (droit secondaire)
 - » Vérification de la conformité aux principes du droit primaire (liberté de circulation) => **Principe de proportionnalité**
 - › Entrave à la libre circulation des personnes => Critère: concurrence effective
 - › Objectif légitime: Prudence quant à la réalité des objectifs légitimes invoqués
 - Exemple: exécution correcte des marchés publics
 - Contre-exemple: protection sociale des travailleurs
 - › Nécessité et proportionnalité (s.s.)
 - Critère : pas de mesure alternative moins restrictive (*Borta*)
 - Conclusions AG Sharpston insistent sur la “flexibilité”
- => **Préférence pour les mesures flexibles qui prennent en compte la réalité concrète et particulière des marchés publics**



Application à la Belgique

- Une série de composantes s'inscrivent directement dans les options de la directive
- Une série de composantes ne s'inscrivent pas directement dans lesdites options. En particulier:
 - Interdiction de sous-traitance totale
 - Limitation de la chaîne de la sous-traitance
 - Respect de la législation sur l'agrégation des entreprises par tous les maillons de la chaîne (marchés de travaux)

Gouvernement belge: Délégué du Gouvernement (avis du C.E.)

Raisonnement relatif à la limitation de la chaîne de la sous-traitance

» 1) objectif légitime

éviter les “*constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance*” et mettre en œuvre les obligations découlant de l’article 18.2 de la directive 2014/24 (à savoir le respect par les sous-traitants de leurs obligations sociales et environnementales). Le non-respect de cette disposition est de plus de nature à fausser la concurrence.

» 2) proportionnalité

il suffit que le sous-traitant se charge lui-même “*de l’exécution d’une petite partie du marché qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant*”. Néanmoins, la mesure permettrait de limiter la création de longues cascades de contrats.

» 3) nécessité

les autres mesures instaurées dans la réglementation belge sur les marchés publics (ex. vérification de l’absence de motifs d’exclusion et responsabilité solidaire) ne sont pas suffisantes en elles-mêmes. Ces nouvelles mesures sont de nature à “*augmente[r] significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur*”

Réflexions

- » En particulier – Limitation de la chaîne de sous-traitance
 - » Preuves tangibles de l'absence de restriction?
 - » Argument “minime” partie soulève des doutes certains
 - » Transformation des techniques de sous-traitance (verticale=> horizontale)
 - » Existence de moyens alternatifs: ex. labels et certifications internationales?
- » Dans son ensemble – Lutte contre la fraude sociale et le système administratif établi
 - » Extension du système d'agrégation des entrepreneurs?
 - » Moyens bureaucratiques mis en place
 - » Un système transitoire?

Conclusions: Les limites du droit ou quand des choix politiques sont nécessaires

Égalité, proportionnalité et discrimination?

- » De la concurrence “effective” à la concurrence “loyale”?

- » Des principes de marché à un système administratif protégeant la concurrence “loyale”?

- » Voire même un système administratif “incitatif et “répressif” ?

- » Quelle intégrité du système économique et politique pour quelle solidarité sociale?

