



Observatoire des prix de référence  
dans les marchés publics  
Observatorium van de referentieprijzen  
voor de overheidsopdrachten

# Secteur de la construction : Le contrôle de la sous-traitance

---

LES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Observatoire des prix de référence dans les marchés publics

Juillet 2021

Contact : [observatoire@brupartners.brussels](mailto:observatoire@brupartners.brussels) - [observatorium@brupartners.brussels](mailto:observatorium@brupartners.brussels)

## TABLE DES MATIERES

<b>1</b>	<b>Les dispositions légales et sources jurisprudentielles applicables au contrôle de la sous-traitance</b>	<b>3</b>
1.1	La limitation de la part sous-traitée du marché public.....	3
1.2	La limitation de la chaîne de sous-traitance.....	3
1.3	Les autres formes de contrôle de la sous-traitance par le pouvoir adjudicateur .....	4
1.4	Exemples de clauses relatives au contrôle de la sous-traitance .....	5
<b>2</b>	<b>La stipulation pour autrui relative à la responsabilité du/des sous-traitant(s)</b> .....	<b>6</b>

## Introduction

La sous-traitance est un mécanisme qui peut être légitimement envisageable quand elle a pour objet de disposer d'une compétence spécifique ou de ressources complémentaires. Toutefois, la sous-traitance peut parfois être utilisée de façon opportuniste dans le but de **limiter au maximum les coûts de la main d'œuvre ou de déplacer les coûts et les risques vers d'autres acteurs économiques**<sup>1</sup>. La chaîne de sous-traitance peut également être utilisée pour essayer de **dissimuler des fraudes sociales**. **La sous-traitance purement économique<sup>2</sup> est donc souvent un indicateur potentiel de dumping social et ce, notamment, dans les marchés publics de travaux**. Il apparaît ainsi que l'encadrement et la limitation de la sous-traitance constituerait un moyen - parmi d'autres - de lutter contre ce type de pratiques déloyales destructrices d'emploi<sup>3</sup>. L'imposition d'un tel contrôle semble avant tout opportune dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude<sup>4</sup> particulièrement à risque en termes de pratiques liées au dumping social. Ce contrôle n'est donc pas nécessairement d'application pour tous les marchés, ni pour tous les motifs d'exclusion. Quoiqu'il en soit, le législateur a décidé de considérer automatiquement l'ensemble des marchés publics de travaux, de par leur nature, comme des marchés passés dans un secteur sensible à la fraude<sup>5</sup>.

L'élaboration d'une politique de contrôle de la sous-traitance dans ce domaine entre en concordance avec le fait que « *l'application correcte des obligations existantes en matière de droit du travail et de droit social et environnemental constitue désormais un principe important dans la réglementation relative aux marchés publics, (notamment) vu l'effet de distorsion de la concurrence pouvant résulter du non-respect de ladite législation* »<sup>6</sup>.

En effet, à la lecture de la législation actuelle en matière de marchés publics et en comparaison avec la législation précédente adoptée en 2006, l'obligation de respecter le droit social, environnemental et du travail, en ce compris la lutte contre le dumping social, a été profondément remaniée et élargie<sup>7</sup>.

Cette note a pour objectif de **synthétiser les mécanismes et dispositions de la réglementation que peuvent mettre en œuvre les acheteurs publics afin de renforcer de manière générale le contrôle de la sous-traitance dans les marchés publics de travaux**.

Le présent document traite tout d'abord des différentes dispositions légales et sources jurisprudentielles applicables au contrôle de la sous-traitance. Ensuite, sont repris des exemples de clauses « types » pouvant être intégrées directement dans les cahiers spéciaux des charges des pouvoirs adjudicateurs. Pour finir, est développée une partie sur la stipulation pour autrui relative à la responsabilité pénale et civile du/des sous-traitant(s) afin d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs, le cas échéant, une possibilité d'action contre ce(s) dernier(s).

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> C'est-à-dire la sous-traitance qui n'est pas liée à une compétence particulière ou à des ressources additionnelles.

<sup>3</sup> LAMBERT, M., « Nouvelle réglementation des marchés publics : de nombreux changements parfois importants », *Mouvement communal*, n°911, octobre 2016, p. 22.

<sup>4</sup> Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 138.

<sup>5</sup> Art. 2, 25° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : « *marché dans un secteur sensible à la fraude : a) un marché de travaux ; ou b) un marché de services passé 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 ;* ».

<sup>6</sup> Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2015-2016, n°54-1541/001, p. 139.

<sup>7</sup> DE COCK, M., « La nouvelle loi relative aux marchés publics : les changements majeurs pour les communes », <http://www.avcb-vsgeb.be>.

## 1 LES DISPOSITIONS LÉGALES ET SOURCES JURISPRUDENTIELLES APPLICABLES AU CONTRÔLE DE LA SOUS-TRAITANCE

Cette partie vise à synthétiser les dispositions légales et sources jurisprudentielles permettant aux acheteurs publics de renforcer le contrôle de la chaîne de sous-traitance et des sous-traitants tant dans la phase de passation des marchés public, que dans le cadre du contrôle de l'exécution de ces marchés.

### 1.1 La limitation de la part sous-traitée du marché public

La jurisprudence<sup>8</sup> rappelle que la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission du 19 décembre 2005, doit être interprétée en ce sens qu' **« un pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à exiger, par une clause du cahier des charges d'un marché public de travaux, que le futur adjudicataire de ce marché exécute par ses propres moyens un certain pourcentage des travaux faisant l'objet dudit marché »**.

Cependant, il est admis qu'un **acheteur public décide d'exclure la possibilité de sous-traitance pour les travaux « principaux »**. Lorsque le pouvoir adjudicateur fait ce choix, celui-ci se doit de **vérifier que, dans le cadre de son marché, cette mesure est bien nécessaire et proportionnée**<sup>9</sup>. Ainsi, **il doit déterminer et pouvoir motiver, notamment au regard de l'objet global de son marché, ce qui doit être considéré comme des travaux « principaux » et ce qui doit être considéré comme des travaux « accessoires »**.

### 1.2 La limitation de la chaîne de sous-traitance

L'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics a été modifié en 2017 afin, notamment, de permettre un meilleur contrôle des opérateurs économiques présents dans les chaînes de sous-traitance parfois très étendues des marchés publics passés dans les secteurs sensibles à la fraude - dont les marchés de travaux. En effet, l'article 13 de l'arrêté royal du 22 juin 2017<sup>10</sup> insère, dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, les articles 12/1 à 12/4 qui concernent, entre autres, la **limitation de la chaîne de sous-traitance**. Ces articles ont ceci en commun qu'ils contribuent à lutter contre le dumping social dans la chaîne de sous-traitance<sup>11</sup>.

**Selon que l'entreprise adjudicatrice soit répertoriée dans une catégorie ou une sous-catégorie relative à l'agrégation des entrepreneurs, conformément à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991<sup>12</sup>, la réglementation apporte une limitation à deux ou trois niveaux pour la chaîne**

<sup>8</sup> CJUE (3e ch.) n°C-406/14, 14 juillet 2016 (Wroclaw-Miasto na prawach powiatu/Minister Infrastruktury Rozwoju).

<sup>9</sup> CJUE (4e ch.) n° C-292/15, 27 octobre 2016 (Hörmann Reisen GmbH/Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg) ; CJUE (5e ch.) n°C-298/15, 5 avril 2017 (Borta UAB/Klaidepos).

<sup>10</sup> Arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 29 juin 2017, p. 68311.

<sup>11</sup> Rapport au Roi, *M.B.*, 29 juin 2017, p. 68317.

<sup>12</sup> Arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, art. 4, *M.B.*, 18 octobre 1991, p. 23286.

**de sous-traitance<sup>13</sup> et pourrait donc potentiellement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction<sup>14</sup>.**

### **1.3 Les autres formes de contrôle de la sous-traitance par le pouvoir adjudicateur**

De manière plus générale, la législation de 2016 et ses arrêtés royaux imposent **plusieurs obligations aux pouvoirs adjudicateurs concernant le contrôle des sous-traitants** :

- La **vérification des motifs d'exclusion des sous-traitants<sup>15</sup>**.
  - Pour les marchés européens, le pouvoir adjudicateur vérifie s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016.
  - Pour les marchés belges, le pouvoir adjudicateur peut<sup>16</sup> vérifier s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016. Les documents de marché indiquent si cette vérification sera effectuée.

En tout état de cause, le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion a toujours la possibilité de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable.
- Le **respect des exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle par les sous-traitants<sup>17</sup>**.
- **L'interdiction pour un sous-traitant de « sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié »<sup>18</sup>**.
- Pour les marchés dans les secteurs sensibles à la fraude - dont font partie les marchés publics de travaux<sup>19</sup>, la **transmission d'informations sur le ou les sous-traitant(s) par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur<sup>20</sup>**.

<sup>13</sup> A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/3, §2, 1° et 2°.

<sup>14</sup> Guide Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions, p. 20. Il est rappelé que cette limitation se fait sans préjudice de la survenance de circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles au moment de l'introduction de l'offre ou moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur.

<sup>15</sup> A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/2.

<sup>16</sup> A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.* art. 12/2.

<sup>17</sup> Conformément à l'article 12/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, « *l'adjudicateur peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché* ».

<sup>18</sup> A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/3, §1<sup>er</sup>.

<sup>19</sup> Art. 2, 25° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : « *marché dans un secteur sensible à la fraude : a) un marché de travaux ; ou b) un marché de services passé 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 ;* ».

<sup>20</sup> A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12/1, al. 1er : « *Lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude, l'adjudicataire transmet, au plus tard au début de l'exécution du marché, les informations suivantes à l'adjudicateur : le nom, les coordonnées et les représentants légaux de tous les sous-traitants, quelle que soit la mesure dans laquelle ils participent à la chaîne de sous-traitance et quelle que soit leur place dans cette chaîne, participant aux travaux ou à la prestation des services, dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Il en va de même dans le cas de marchés de services qui doivent être fournis sur un site placé sous la surveillance directe de l'adjudicateur. L'adjudicataire est, pendant toute la durée*

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut imposer à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants<sup>21</sup>. L'acheteur public est alors tenu d'annoncer précisément dans ses documents du marché à quel(s) sous-traitant(s) il doit être fait appel et pour quel(s) type(s) de travaux du marché public concerné.

#### 1.4 Exemples de clauses relatives au contrôle de la sous-traitance

Cette partie vise à proposer des **exemples de clauses types** correspondant aux dispositions évoquées aux points 1.1, 1.2 et 1.3 et pouvant être intégrées dans les cahiers spéciaux des charges moyennant leur adaptation au marché public en question. Ces clauses ne sont pas mutuellement exclusives. Elles peuvent s'envisager de manière coordonnée dans les documents du même marché. Toutefois, il est indispensable d'avoir préalablement, et au cas par cas, une réflexion sur la pertinence de leur intégration dans les documents du marché.

##### Limitation de la chaîne de sous-traitance

« Conformément à l'article 12/3, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le présent marché de travaux, qui est groupé selon sa nature **dans une catégorie** telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, limite la chaîne de sous-traitance. Dès lors, cette chaîne ne peut comporter plus de **trois niveaux**, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau. »

**ou**

« Conformément à l'article 12/3, §2, 2° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le présent marché de travaux, qui est groupé selon sa nature **dans une sous-catégorie** telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, limite la chaîne de sous-traitance. Dès lors, cette chaîne ne peut comporter plus de **deux niveaux**, à savoir le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau. »

##### Interdiction de la sous-traitance totale

« Conformément à l'article 12/3, §1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié. »

##### Vérification des motifs d'exclusion des sous-traitants pour les marchés européens

« Le pouvoir adjudicateur vérifie s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016, conformément à l'article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

*En tout état de cause, le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion a toujours la possibilité de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable. »*

---

des marchés visés à l'alinéa 1er, tenu de porter sans délai à la connaissance de l'adjudicateur de tout changement relatif à ces informations ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participera ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services ».

<sup>21</sup> Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur reste responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s). A.R. du 14 janvier 2013, *op. cit.*, art. 12, §2, al. 1, 2° et al.2. « Dans ce cas, le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur ».

### **Vérification des motifs d'exclusion des sous-traitants pour les marchés belges**

« Le pouvoir adjudicateur peut vérifier s'il existe, dans le chef du ou des sous-traitant(s) direct(s) de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion au sens des articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016, conformément à l'article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Les documents de marché indiquent si cette vérification sera faite.

En tout état de cause, le sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion a toujours la possibilité de prouver que les mesures qu'il a prises sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité, malgré le motif d'exclusion applicable. »

### **Sanctions applicables**

« Sans préjudice de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application de mesures d'office. »

## **2 LA STIPULATION POUR AUTRUI RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ DU/DES SOUS-TRAITANT(S)**

La législation actuelle des marchés publics ne prévoit aucun mécanisme permettant de lier un pouvoir adjudicateur aux éventuels sous-traitants de son adjudicataire. Toutefois, afin d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs une possibilité d'action contre ces sous-traitants, plusieurs auteurs préconisent, dans les marchés où les relations avec les sous-traitants sont conflictuelles, de recourir à ce mécanisme en intégrant une clause de ce type dans leurs cahiers spéciaux des charges imposant au futur adjudicataire de faire signer, à son ou ses éventuel(s) sous-traitants, un accord par lequel il(s) s'engage(nt) à permettre au pouvoir adjudicateur de mettre directement en cause leur responsabilité pénale et civile.

Lorsqu'il a recours à un ou des sous-traitant(s) qui lui ont été ou lui seront imposés conformément à l'article 12, §2, al. 1, 2° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur reste responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s). Dans ce cas, le soumissionnaire se doit de se lier contractuellement avec celui ou ceux-ci en insérant, dans le contrat de sous-traitance, la clause ci-dessous.

### **Clause type de stipulation pour autrui relative à la responsabilité du/des sous-traitant(s)**

« Avant le début des travaux ou des prestations de services, le sous-traitant, soit la société **XX** en sa qualité de promettant, s'engage auprès de l'entrepreneur, soit la société **XX** en sa qualité de stipulant, à souscrire auprès du maître de l'ouvrage, soit la **commune/CPAS/OIP/Service public XX** en sa qualité de bénéficiaire, à un engagement permettant à ce dernier de mettre en cause directement sa responsabilité pénale et civile.

Le maître de l'ouvrage, soit la **commune/CPAS/OIP/Service public XX**, en sa qualité de bénéficiaire dispose du droit d'exiger, directement et avant le début des travaux ou des prestations de services, que le sous-traitant, soit la société **XX** en sa qualité de promettant, fournisse l'engagement écrit visé ci-dessus. »

\*\*\*