Document généré le 12 jan. 2026 13:43

Revue générale de droit

Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité

Diane Deom et Pierre Nihoul

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1027172ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1027172ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Deom, D. & Nihoul, P. (2006). Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité. *Revue générale de droit*, *36*(4), 801–829. https://doi.org/10.7202/1027172ar

Résumé de l'article

Les contrats des autorités publiques belges obéissent tant au droit commun qu'aux règles particulières fixées par le législateur. Les auteurs décrivent et commentent les règles applicables au marché public en Belgique et vérifient dans quelle mesure celles-ci répondent aux préoccupations sociales, environnementales et éthiques, ainsi qu'aux exigences du commerce équitable.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2006

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Les marchés publics : Concurrence, transparence et neutralité

DIANE DEOM
Professeur à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, Belgique

PIERRE NIHOUL
Conseiller d'État
Chargé d'enseignement à l'Université catholique
de Louvain-la-Neuve, Belgique

RÉSUMÉ

Les contrats des autorités publiques belges obéissent tant au droit commun qu'aux règles particulières fixées par le législateur. Les auteurs décrivent et commentent les règles applicables au marché public en Belgique et vérifient dans quelle mesure celles-ci répondent aux préoccupations sociales, environnementales et éthiques, ainsi qu'aux exigences du commerce équitable.

ABSTRACT

Civil law and specific rules set up by the legislator govern contracts bargained by Belgian State bodies. The authors describe and comment the rules applicable in Belgium to the public authorities when entering into contracts and verify to what extent this regime considers or not social, environmental, ethical and fair trade issues.

SOMMAIRE

Introduction 802

Partie I — Le cadre européen et la problématique de la mise en concurrence 804

A. Objectifs et portée de la réglementation européenne 805

B. Extension du champ de la réglementation européenne 808

Partie II — L'accès à la commande publique et à la décision d'attribution 813

A. La publicité 813

B. La transparence 815

C. L'égalité 818

Partie III — Remise en cause du principe de neutralité de la commande publique 824

A. Contexte 824

B. Exemples de clauses 825

C. Réglementation 826

Conclusion 829

INTRODUCTION

L'action contractuelle des pouvoirs publics en Belgique, si elle n'est pas neuve, connaît un regain d'intérêt; elle devient même une manie dans le chef de nos gouvernants, lesquels n'hésitent pas à affubler du nom de contrat des mesures tout à fait unilatérales qui ont en outre un caractère législatif. Ainsi, dernièrement, la ministre de l'Enseignement francophone a-t-elle baptisé « contrat pour l'école » son plan d'action pour l'école primaire et secondaire qui, après une vague concertation syndicale et associative, se traduira par l'adoption de décrets et d'arrêtés.

Au-delà de ces péripéties et de la diversité des appellations et des procédés, ce qui frappe d'emblée, lorsqu'on étudie la matière des contrats publics en Belgique, c'est, d'une part, l'absence de juge propre au contrat public et, d'autre part, l'absence de régime juridique propre au contrat public.

En ce qui concerne le premier aspect, la suspension, voire l'annulation du contrat public et le contrôle de son exécution ressortissent à la compétence exclusive de l'ordre judiciaire en vertu de l'article 144 de la Constitution; seuls les actes unilatéraux qui interviennent avant la passation du contrat, soit les actes dits « détachables », peuvent être attraits devant le Conseil d'État.

Quant au régime juridique du contrat public, il est pour l'essentiel civiliste. Les contrats publics sont en effet soumis au *Code civil* moyennant toutefois deux tempéraments :

— d'une part, en cas de spécificité du contrat public, ce qui ressort de son objet, des prérogatives exorbitantes de droit commun ou des missions spécifiques qu'il contient, le juge applique au contrat public un régime juridique particulier qui tient pour l'essentiel aux trois principes généraux d'organisation et de fonctionnement du service public, dénommés « lois du service public », que sont la *Loi de la continuité ou de la régularité*, la *Loi du changement* et la *Loi d'égalité des usagers*. Il faut toutefois en relativiser la portée, et ce, pour trois raisons : malgré leur nom, ces trois « lois » sont dépourvues de toute base légale et sont le produit d'une création doctrinale et jurisprudentielle inspirée directement du droit français; par ailleurs, elles sont appliquées par le juge civil qui a tendance à gommer la spécificité du contrat public au profit du droit commun; enfin, le droit civil ne s'effacera que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde de l'action administrative;

— d'autre part, des dérogations ou des tempéraments au droit civil peuvent être apportés par une loi spécifique. Elles sont toutefois rares en droit belge — on peut citer certaines concessions domaniales qui font l'objet d'une loi particulière, comme les concessions de sépulture ou de plage ou les concessions sur le domaine portuaire ou aéroportuaire — à l'exception notoire de la matière des marchés publics.

Le rapport aborde exclusivement les contrats administratifs qualifiés de « marchés publics » et, qui plus est, essentiellement sous l'angle du droit européen. Il s'agit, en substance, des contrats à titre onéreux par lesquels une entité publique fait procéder à des travaux par un tiers ou se procure des fournitures ou des services auprès d'un tiers.

Ces contrats sont particulièrement réglementés et encadrés, alors que d'autres (notamment les transactions immobilières) sont conclus et exécutés beaucoup plus librement, en tous cas en droit belge. S'agissant des transactions immobilières, la Commission européenne a cependant élaboré des règles permettant de vérifier si elles ne dissimulent pas des aides accordées à des entreprises au moyen de ressources

d'État[1]. Sauf cas particuliers, de telles aides ne sont compatibles avec le traité européen que si elles font l'objet d'une notification préalable à la Commission et si celle-ci les estime conciliables avec les exigences du droit de la concurrence.

PARTIE I — LE CADRE EUROPÉEN ET LA PROBLÉMATIQUE DE LA MISE EN CONCURRENCE

La plupart des États européens ont, de longue date, réglementé l'adjudication et l'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Outre la prévention des fraudes et malversations, la réglementation des marchés publics poursuit traditionnellement un double but : d'une part, la protection des deniers publics et, d'autre part, la garantie de l'égalité entre entreprises dans l'accès aux commandes publiques.

Depuis les années 70, les autorités européennes sont intervenues de manière de plus en plus précise et complète en ce domaine, au titre du rapprochement des législations et de la réalisation du marché intérieur. Actuellement, les législations nationales en matière de passation des marchés constituent essentiellement une transposition des directives européennes.

Même si sa base juridique en droit européen n'est pas parfaitement assurée, ce mouvement d'européanisation de la matière s'inscrit dans le prolongement des conventions conclues au niveau de l'O.M.C.[2], et il répond à une évolution économique irrésistible. Les marchés publics représentent environ 16 % du P.I.B. des États européens, et leur ouverture appelait l'élaboration d'un cadre juridique harmonisé. Certains se demandent du reste pourquoi les autorités européennes n'abandonnent pas la technique de la directive au profit de la technique du règlement; ce glissement assurerait l'identité des réglementations dans toute l'Union, et éviterait l'exercice délicat de transposition[3].

Le droit européen des commandes publiques se compose aujourd'hui de deux directives, qui sont en cours de transposition dans les ordres juridiques nationaux :

---

1. *Communication de la Commission*, J.O.C.E., C 209, du 10 juillet 1997, p. 3 et suiv.
2. Accord signé à Marrakech le 15 avril 1994.
3. M.A. et Ph. FLAMME, C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Larcier, 2005, 332 p.

— la directive 2004/17 du 31 mars 2004 visant les marchés conclus dans certains secteurs particuliers (eau, énergie, télécommunications et transports)[4];
— la directive 2004/18 de la même date, visant les marchés conclus dans les autres secteurs.

A. OBJECTIFS ET PORTÉE DE LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE

L'objet essentiel des directives européennes est d'organiser la passation des marchés publics en assurant des exigences de publicité (spécialement pour les marchés dépassant certains seuils[5]), de comparaison objective des offres et de motivation du choix du cocontractant, ainsi qu'en imposant l'aménagement de recours effectifs.

De manière générale, les marchés publics doivent être passés soit par adjudication (attribution au « moins-disant »), soit par appel d'offres (attribution au « mieux-disant », en fonction de critères préalablement déterminés). La procédure négociée, qui permet au pouvoir adjudicateur de sélectionner plus librement son cocontractant, n'est autorisée que dans les cas limitativement énumérés par la législation. Dans les trois cas, la procédure d'attribution est précédée d'une phase dite de sélection qualitative, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur vérifie, selon une procédure rigide, l'admissibilité de chaque candidat, ainsi que ses capacités économiques, financières, techniques et professionnelles.

La réforme qui a débouché sur les directives de 2004 est destinée principalement :
— à simplifier et clarifier les textes,
— à assouplir et moderniser les procédures sur certains points,
— et à organiser le recours aux technologies électroniques.

La clarification introduite est bienvenue, car le droit européen des commandes publiques péchait par une complexité proverbiale.

Sur le fond, la réforme introduit notamment la possibilité de passer les marchés complexes en recourant à la procédure

4. Cette directive est vouée à une application transitoire, dans la mesure où les secteurs libéralisés sortiront progressivement de son champ d'application.
5. Pour les marchés de travaux, près de 6 millions d'euros.

dite du « dialogue compétitif », qui organise une certaine discussion des solutions techniques proposées par les soumissionnaires pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur. Ce mode de passation a été conçu notamment pour permettre de répondre aux besoins propres à des projets tels que les infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets impliquant des montages juridico-financiers complexes[6]. Le pouvoir adjudicateur doit alors définir les besoins auxquels il entend pourvoir et les faire connaître dans un avis de marché. La procédure lui permet de négocier avec les entreprises qui se manifestent à ce stade, afin de définir les moyens propres à satisfaire au mieux ces besoins. Le « dialogue » ainsi noué doit se dérouler dans le respect de l'égalité de traitement entre entreprises. Il débouche sur l'identification de la ou des solution(s) jugée(s) satisfaisante(s), et l'inscription de cette solution dans un cahier spécial des charges. Les entreprises participant au dialogue sont alors invitées à remettre leur meilleure offre. Le pouvoir adjudicateur sélectionne l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette nouvelle procédure soulève une série d'interrogations, notamment en ce qui concerne le secret industriel : comment les « bonnes idées » d'un candidat pourront-elles être exploitées dans le cahier spécial des charges, et dès lors dévoilées à tous les participants, sans enfreindre ce secret?

De manière plus générale, il est frappant de constater à quel point l'attention des autorités communautaires s'est focalisée sur la question de la passation des marchés publics et de la mise en concurrence, ainsi que du contentieux relatif à ce stade de la procédure[7].

Au contraire, la problématique de l'exécution est complètement passée sous silence, alors qu'elle cristallise de nombreux enjeux dans la pratique. On observe par exemple que la

6. C'est le pouvoir adjudicateur qui appréciera, sous le contrôle du juge, la complexité du marché...

7. C'est pour satisfaire aux exigences du droit communautaire que le législateur belge a introduit par la loi du 9 juillet 2004 un système évitant le triomphe du fait accompli : le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer d'abord les candidats non sélectionnés et les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue, et de respecter un délai d'au moins dix jours avant de procéder à la notification de la décision d'attribution au soumissionnaire choisi; notification qui a pour effet la conclusion du contrat.

mise en œuvre des pénalités et des clauses d'imprévision ouvre de larges marges d'appréciation susceptibles de laisser place à l'arbitraire. Que les modifications apportées de commun accord aux conditions du marché, en cours d'exécution, s'écartent parfois substantiellement des prescriptions du cahier des charges. Ou encore, plus fondamentalement, qu'un pouvoir adjudicateur peut difficilement, dans le cadre de la réglementation actuelle, écarter une entreprise au stade de l'attribution d'un marché au motif qu'elle n'a pas donné satisfaction dans l'exécution de marchés antérieurs.

L'objectif prépondérant de la démarche semble être l'ouverture des marchés publics aux entreprises de l'Union européenne et la lutte contre le protectionnisme dans ce domaine (objectif dont la réalisation quantitative reste assez décevante[8]). L'appel à la concurrence et la garantie de l'égalité entre entreprises sont supposés produire *ipso facto* les meilleurs résultats en termes de performance et de satisfaction du pouvoir adjudicateur « consommateur ».

Le droit européen n'organise pas d'autre évaluation de la pertinence des décisions en matière de commande publique. Tout au plus doit-on souligner que la Cour de Justice a pu considérer certains marchés publics comme des aides d'État : tel est le cas de marchés passés à des prix anormalement élevés, ou encore de marchés conclus dans des conditions régulières, mais répondant à des besoins inexistants[9].

Ainsi, l'État est appelé à justifier de manière précise, voire tatillonne, pourquoi il fait choix de tel ou tel cocontractant. Mais les autres aspects de sa décision, en amont ou en aval de l'attribution du marché, échappent largement à l'encadrement européen. La « reddition de comptes » se conçoit donc à l'égard des entreprises concurrentes bien plus qu'à l'égard du citoyen. Des deux objectifs traditionnellement assignés à la réglementation des commandes publiques — la

8. De 1995 à 2002, parmi les marchés mis en concurrence à l'échelon européen, seuls 3 % ont été effectivement attribués à des entreprises étrangères. Or, ce pourcentage modeste ne vise que les marchés dépassant les seuils élevés qui justifient la publicité de niveau européen.

9. T.P.I., T-116/01 et T-118/01, 5 août 2003. Il s'agissait d'un marché par lequel une région avait réservé d'avance auprès d'une compagnie de transports maritimes un certain nombre de voyages, dont rien n'indiquait qu'ils seraient effectivement utilisés par les élus ou fonctionnaires de cette région.

protection des deniers publics et la garantie d'égalité d'accès aux commandes publiques —, le second a très largement supplanté le premier.

B. Extension du champ de la réglementation européenne

La réglementation des marchés publics constitue une contrainte importante qui caractérise la gestion des entités publiques ou liées aux pouvoirs publics, même lorsque leur activité présente un caractère économique. Seules les entités qui prestent des activités purement commerciales y sont soustraites[10]. En la matière, l'exigence de « reddition de comptes » ne s'arrête donc pas aux fonctions régaliennes.

Mais il faut surtout souligner que la réglementation des marchés publics évolue vers une discipline qui régirait aussi l'ensemble des choix des pouvoirs publics quant à l'organisation d'activités opérationnelles. Se fondant sur le droit des marchés publics, puis sur les principes généraux du traité, la Commission européenne et la Cour de Justice tendent en effet à considérer qu'il y a lieu de faire appel à la concurrence chaque fois qu'un pouvoir adjudicateur confie à une entité distincte de ses propres services une mission de nature économique.

Cette jurisprudence implique une obligation de mise en concurrence pour tout achat de biens ou de services, même auprès d'entités publiques spécialement constituées à cette fin. Elle vise par exemple les relations entre une municipalité et l'association de communes dont elle est membre. Seules des exceptions très limitées sont admises, pour les cas où il existe des relations organiques étroites entre le pouvoir adjudicateur et l'entité prestataire.

La Cour de Justice s'est prononcée sur la question dans un important arrêt du 18 novembre 1999[11], portant sur le

10. Soit parce que le secteur dans lequel elles opèrent est libéralisé et donc entièrement ouvert à la concurrence, soit parce que l'entité considérée ne répond pas à la définition du pouvoir adjudicateur : une entité créée « pour satisfaire à des besoins d'intérêt économique général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

11. CJCE, arrêt 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107-/98.

contrat conclu entre une commune italienne et un organisme de type intercommunal en vue de la gestion du chauffage de certains bâtiments communaux.

La Cour vérifie tout d'abord si les prestations fournies à la commune le sont bien moyennant le paiement d'un prix, ce qui était le cas en l'espèce. Ensuite, pour que les règles relatives aux marchés publics soient applicables, la Cour constate que :

> « il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». Seule la réunion de ces deux critères permet de considérer que la relation juridique s'opère *in house* et qu'elle peut donc se dérouler en dehors de la législation sur les marchés publics.

L'application de cette jurisprudence est problématique, en particulier en ce qui concerne la première des conditions formulées par la Cour. Si la notion de contrôle « analogue » vise une quasi-identité, la condition ne sera jamais remplie : le pouvoir adjudicateur ne peut forcément pas exercer sur une personne juridique distincte un contrôle identique à celui qu'elle exerce sur ses propres services. La jurisprudence ultérieure a précisé que la participation, même minoritaire, d'une société privée dans le capital de l'entreprise prestataire suffisait à exclure toute relation *in house*[12].

Plus encore, la jurisprudence semble formuler la même exigence lorsqu'un pouvoir adjudicateur charge une entité de prester des services au profit de tiers. C'est alors la « concession » ou la délégation d'un service qui est visée.

Malgré des débats répétés à ce sujet, les concessions ou délégations de service public ne sont pas (ou pas encore) soumises à la réglementation européenne des marchés publics.

12. CJCE, arrêt 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour considère que les principes généraux du Traité impliquent un certain nombre d'obligations lors de la conclusion de ce type d'opérations.

C'est l'arrêt *Telaustria*[13] du 7 décembre 2000, qui a consacré cette évolution. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur le contrat par lequel l'opérateur historique de télécommunications en Autriche confiait à une société mixte, dont il était actionnaire minoritaire, l'édition d'annuaires téléphoniques. Ce contrat avait fait l'objet d'une consultation, mais sans appel à la concurrence proprement dit.

Dans cet arrêt, la Cour constate tout d'abord que les concessions de service public sont actuellement soustraites au droit des marchés publics[14]. Elle définit la concession comme un contrat par lequel une entreprise reçoit en contrepartie de ses prestations, non pas une rémunération, mais « le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation ». Elle rappelle ensuite que, même en dehors du domaine couvert par la législation sur les marchés publics, les « entités adjudicatrices » sont tenues de respecter les principes fondamentaux du traité et notamment l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité. Ce principe implique, selon la Cour, une obligation de transparence qui consiste « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». L'arrêt semble donc impliquer une obligation de publicité pour toutes les décisions par lesquelles une entité publique décide de confier un service déterminé à une entité tierce, qu'elle soit publique ou privée, et cela même s'il s'agit d'une mission confiée de manière durable et exclusive.

Le raisonnement tenu par la Cour reste fondé sur l'existence d'un contrat à titre onéreux entre l'entité adjudicatrice et la société chargée du service public; cette relation contractuelle entre en principe dans le domaine visé par les directives sur les marchés publics[15], seule sa qualification de

13. CJCE, arrêt 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98.

14. L'arrêt se rapporte aux secteurs spéciaux, mais la solution est identique pour les concessions de services publics s'inscrivant dans le régime général : CJCE, ordonnance 30 mai 2002, 358/00.

15. Voir les points 29 et 39-40 de l'arrêt.

concession l'exclut du champ d'application matériel de celles-ci. Dans le même ordre d'idées, un arrêt du 19 décembre 2001 établit l'applicabilité des mêmes principes aux marchés qui se situent, en raison de leur montant, sous le seuil d'application des directives[16].

Plusieurs arrêts ultérieurs confirment cette solution. Un arrêt du 5 octobre 2005[17] en fait par exemple application à l'acte par lequel une commune attribue la gestion d'un parking public payant à une entreprise publique communale. Dans la mesure où l'entité prestataire du service est rémunérée par des montants payés par les tiers pour l'usage du parking, l'opération constitue une concession de services publics et non un marché public de services. Mais une telle concession ne peut être confiée sans mise en concurrence à une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale de cette autorité publique, présentant les caractéristiques suivantes : son objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants; son capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux; son domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger; son conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome.

Cette jurisprudence, justifiée de manière très vague par les principes généraux du droit communautaire, correspond à des prises de position répétées de la Commission, qui aborde même la question de manière beaucoup plus extensive.

Tout d'abord, la Commission s'est exprimée en ce sens dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire[18], où elle a formulé les bases du raisonnement exposé ci-dessus.

Dans sa communication du 20 septembre 2000[19], la Commission présentait l'organisation des services d'intérêt économique général en donnant une claire priorité aux procédés de réglementation du marché; le recours aux concessions y était

16. CJCE, ordonnance 3 décembre 2001, *Vestergaard*, C-59/00.
17. CJCE, arrêt 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03.
18. *J.O.C.E.*, 29 avril 2000, C-121, p. 2; *A.P.T.* 2000/1, p. 69.
19. *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (2000), 580 final, points 14 à 18.

présenté comme une alternative admissible. Selon la Commission, ce n'est que si « aucune de ces deux solutions ne permet d'accomplir de façon satisfaisante la mission d'intérêt général » que l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs se justifie.

Le Livre vert de 2003[20] s'avère moins tranché à ce sujet, mais il souligne néanmoins les éléments suivants :

> Il incombe aux autorités publiques de décider de fournir ces services directement via leur propre administration ou de les confier à un tiers (organisme public ou privé). [...] Lorsqu'une autorité publique d'un État membre choisit de confier la fourniture d'un service d'intérêt général à un tiers, la sélection du fournisseur doit respecter certaines règles et certains principes afin de placer sur un pied d'égalité tous les fournisseurs, publics ou privés, potentiellement capables de fournir ce service.

Enfin, le Livre vert de 2004 relatif aux partenariats public-privé[21] s'inscrit pleinement dans cette perspective. La Commission y traite non seulement des partenariats de type contractuel (marchés publics ou concessions), mais aussi des partenariats institutionnalisés, notamment ceux qui donnent lieu à la constitution d'une entité mixte pour la réalisation d'une mission déterminée. La Commission y considère que les principes du « droit des marchés publics et des concessions » — en résumé l'obligation de mise en concurrence — s'appliquent également lorsque l'attribution de mission a lieu par la voie unilatérale, par exemple par un acte législatif ou réglementaire[22]. Elle raisonne cependant constamment à partir de l'idée que l'entité mixte est « titulaire d'un contrat » et que le choix de recourir à une telle structure doit se faire après examen des qualités économiques de son « offre » quant aux prestations spécifiques à fournir[23]. La sélection du partenaire privé doit, elle aussi, donner lieu à une mise en concurrence[24].

---

20. COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, points 79 et suiv.
21. COM (2004) 327 final, 30 avril 2004.
22. N° 57, note 52.
23. N° 58.
24. N° 63.

Même si la jurisprudence n'est pas encore totalement fixée en ce sens, on sent donc émerger une conception dans laquelle l'appel au marché est, sauf motifs particuliers, privilégié par rapport à la création d'un service public organique. Le service public étant redéfini sur une base fonctionnelle, l'exigence de mise en concurrence rejoint alors un vaste mouvement de privatisation.

Le pouvoir adjudicateur est donc invité à définir les besoins d'intérêt public auxquels il entend pourvoir. Il doit ensuite faire prioritairement appel à la concurrence pour découvrir quel opérateur prestera ce service dans les conditions les plus avantageuses. La « reddition de comptes » se circonscrit, ici encore, à la phase de choix du cocontractant, une attention beaucoup plus limitée étant portée à l'évaluation *a posteriori* du service reçu.

Ainsi, l'évolution de la matière dépasse largement le concept de contrat administratif, pour déboucher sur une remise en cause de tout l'appareil de l'interventionnisme public.

PARTIE II — L'ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE ET À LA DÉCISION D'ATTRIBUTION

Le droit de la commande publique repose sur un principe fétiche, la concurrence. Omniprésente dans les considérants des directives européennes et des arrêts de la Cour de Justice et proclamée à l'article 1er de la loi belge du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, la concurrence implique trois ordres de considération : la publicité, la transparence et l'égalité.

A. LA PUBLICITÉ

I. — Ce premier vecteur de la concurrence a été très tôt retenu car il débouche nécessairement sur une mise en compétition du marché concerné et donc sur une remise en cause des « chasses-gardées ». La Cour de Justice souligne ainsi que « la finalité des règles de publicité [...] est d'informer en temps utile tous les soumissionnaires potentiels au niveau communautaire sur les points essentiels d'un marché afin qu'ils puissent présenter leur offre dans les délais »[25].

25. CJCE, arrêt 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, C-225/98, point 35.

II. — Sans rentrer dans les détails de la réglementation, la publicité d'un marché s'effectue en substance en trois temps :

— une publicité préalable destinée à informer au minimum du lancement d'un marché et des conditions à remplir pour y participer : elle prend la forme d'un avis indicatif ou pré-information, lequel n'est pas obligatoire mais permet de réduire le délai de réception des offres[26], et d'un avis de marché;

— une publicité des opérations relatives à l'ouverture des offres : celle-ci contribue à renforcer la transparence de la procédure puisque « les termes de toutes les offres déposées sont révélées au même moment »[27] et qu'elle « [permet] aux fournisseurs potentiels de connaître l'identité de leurs concurrents et de vérifier s'ils répondent aux critères de sélection qualitative prévus »[28];

— une publicité postérieure à l'attribution d'un marché : il s'agit de l'avis de marché passé.

III. — L'évolution récente de la réglementation relative aux mesures de publicité se caractérise par leur renforcement, essentiellement sous trois angles :

1. Tout d'abord, un élargissement de ces mesures, d'une part, aux procédures restreintes et, d'autre part, aux procédures négociées.

Dans les procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur limitait antérieurement l'appel à la concurrence aux seules entreprises qu'il avait choisi de consulter; la *short list* des candidats dépendait donc du bon vouloir de l'autorité qui n'avait pas à se justifier. Désormais, la publicité est obligatoire non seulement pour les procédures ouvertes mais aussi pour les procédures restreintes. En outre, la Belgique a décidé d'appliquer cette règle pour les marchés sous les seuils européens.

Par ailleurs, la publicité n'est plus réservée aux seules procédures d'adjudication et d'appel d'offres; elle s'applique également à certaines des hypothèses permettant de recourir

26. CJCE, arrêt 26 septembre 2000, précité, points 33 à 41.
27. CJCE, arrêt 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, C-87/94, point 55.
28. CJCE, arrêt 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, C-359/93, point 20.

à la procédure négociée, celles qui sont regroupées sous le vocable de « procédure négociée avec publicité ». Cette extension prend particulièrement son relief dans les secteurs spéciaux puisque la procédure négociée avec publicité y est considérée comme une procédure de droit commun au même titre que les procédures d'adjudication et d'appel d'offres.

2. Ensuite, un dispositif très détaillé des directives européennes, principalement quant aux informations à fournir et quant au délai à respecter. C'est qu'en effet, outre son existence, une bonne publicité requiert que le marché concerné soit porté adéquatement et durablement à la connaissance des soumissionnaires potentiels. Ainsi, la directive 2001/78[29] et ensuite le règlement 1564/2005 du 7 septembre 2005[30] ont imposé l'utilisation obligatoire de formulaires standards très précis pour les avis de marché. Ces informations sont jugées par la Cour comme « des mentions obligatoires et inconditionnelles » qui ne bénéficient d'aucune possibilité de dérogation[31].

3. Enfin, l'introduction des moyens électroniques en vue de la communication des avis de marché, du dépôt des candidatures et des offres, et de la passation du marché[32].

B. LA TRANSPARENCE

La transparence est le prolongement naturel de la publicité; elle induit toutefois des éléments supplémentaires d'une concurrence effective, à savoir des règles en matière d'information et de motivation.

---

29. Cette directive a été transposée en droit belge par l'arrêté royal du 22 avril 2002 pour les marchés publics au-dessus des seuils européens (*Monit.* 30 avril 2002) et par l'arrêté royal du 29 février 2004 pour les marchés publics sous les seuils européens (*Monit.* 8 mars 2004).

30. Ce règlement européen a été transposé en droit belge par l'arrêté royal du 12 janvier 2006 en vigueur au 1er février 2006 (Monit. 27 janvier 2006, 2ème éd.).

31. CJCE, arrêt 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, C-359/93, points 18 à 22; arrêt 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, C-337/98, point 35.

32. En droit belge, voir les articles 81bis à 81quinquies de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 introduits par l'arrêté royal du 18 février 2004, en vigueur le 1er mai 2004 (*Monit.* 27 février 2004).

I. En matière d'information, on peut relever deux modalités principales :

1. L'information préalable et complète des conditions du marché. Elles fixent en effet les règles du jeu et donc le cadre dans lequel les candidats et les soumissionnaires vont se concurrencer. Elle doit donc porter sur les clauses techniques et administratives, sur les critères de sélection et sur les critères d'attribution.

2. Une information pour ceux qui « quittent la procédure ». Elle se décline en deux temps :

— une information d'office et dans les moindres délais des candidats non sélectionnés, dont l'offre a été jugée irrégulière ou dont l'offre n'a pas été choisie par le pouvoir adjudicateur;

— une communication des motifs de non-sélection, d'éviction ou de la décision d'attribution du marché sur demande écrite dans un délai maximal de 15 jours après réception de la demande écrite.

II. L'obligation de motivation formelle est étendue aux différentes décisions intervenant au cours du processus : choix de la procédure; arrêt du cahier spécial des charges du moins dans ses clauses dérogatoires au cahier général des charges; sélection des candidatures; irrégularité des offres; décision d'attribuer le marché, de ne pas l'attribuer ou de le recommencer. À cet égard, il importe de rappeler que cette exigence implique d'indiquer les considérations de droit et de fait de nature à justifier la décision à la fois dans le corps de la décision (pas de motivation par référence) et au moment de la prise de décision (pas de motivation *a posteriori*).

Ces considérations doivent permettre de comprendre et d'apprécier le fondement de la décision et au besoin de déterminer les moyens contestant cette décision. L'exigence quant au caractère adéquat et suffisant de la motivation se marque particulièrement là où le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur est large. En d'autres termes, les qualités que doivent revêtir la motivation formelle d'un acte administratif est proportionnelle au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte : au plus ce pouvoir est large, au plus la motivation se doit d'être précise et doit refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité. Ainsi, dans la matière des marchés publics, la motivation formelle de

la décision d'attribution qui clôt une procédure d'adjudication consiste la plupart du temps en une simple comparaison du prix des offres régulières et sélectionnées, le seul critère étant le prix le plus bas et la décision résultant d'un choix automatique et purement mathématique. Dans une procédure d'appel d'offres, la motivation formelle de la décision d'attribution est fonction du caractère plus ou moins ouvert des critères d'attribution et des exigences du cahier spécial des charges; en outre, chaque étape du processus que constitue une procédure de mise en concurrence doit faire l'objet d'une motivation, lorsqu'elle est significative. Elle requiert de connaître les points forts et les points faibles de son offre par rapport à celle des concurrents; ne suffit dès lors pas :

— une motivation qui se réfère aux seuls critères d'attribution et au choix final de l'attributaire;
— une motivation consistant uniquement en un tableau affichant des points par critère et un montant total de points.

III. On peut également relever l'application des législations relatives à la transparence administrative dont découlent des droits fondamentaux comme ceux permettant de consulter des documents et d'en demander une copie. Si ces droits connaissent des exceptions tenant notamment au secret des affaires, ils ont été jugés dans certaines affaires retentissantes en Belgique comme permettant aux soumissionnaires inquiets ou avertis un accès, en cours de procédure d'attribution d'un marché, aux documents d'analyse des offres préalables à l'attribution dudit marché et, à la suite de cette consultation, un dépôt d'un mémoire justificatif des mérites de leur offre[33].

IV. Au-delà de ces règles particulières prévues par les directives européennes ou les législations nationales, il faut souligner que la Cour de Justice a mis en exergue le principe général de transparence.

Celui-ci est en effet considéré « comme l'un des instruments les plus efficaces pour ouvrir l'accès aux marchés publics » et pour assurer « l'application effective de la réglementation communautaire [qui] ne peut, dans bien des cas,

33. Voir en ce sens l'ordonnance du 14 février 1997 du Président du Tribunal de première instance de Namur dans la deuxième affaire des « bus wallons »; Prés. Trib. 1ère instance de Bxl, 21 septembre 1998, *Arte et alii c/ Ville de Bruxelles*.

être garantie que si les violations de celle-ci suscitent une réaction en temps utile »[34]. La Cour insiste particulièrement sur le fait que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché [...] à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures »[35].

Il s'ensuit que le principe de transparence doit imprégner non seulement l'interprétation des dispositions des directives mais aussi l'ensemble des étapes de la procédure d'attribution d'un marché public à la fois dans le chef de l'autorité adjudicatrice et dans le chef du censeur qu'il soit administratif, financier ou juridictionnel.

C. L'ÉGALITÉ

I. Pour la Cour, « le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires correspond à l'essence » et au texte même des directives[36] et, bien plus, « constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics »[37]. Ce principe implique de manière générale que « les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur »[38]. « La procédure d'attribution d'un marché public doit [dès lors] respecter, à tous ses stades, [...] le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels [...], afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres »[39], et non pas seulement à partir du moment où une entreprise a déposé une offre.

---

34. Concl. av. gén. *Tesauro*, sous C.J.C.E., 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, C-359-93, *Rec.*, p. I-157, point 20.

35. CJCE, arrêt 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, points 92 et 93.

36. Arrêts CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, C-19/100, point 33; CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, points 81 et 92.

37. Arrêts CJCE 18 juin 2002, *HI*, C-92/00, pt 45; 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, précité, point 91.

38. CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC*, précité, point 34.

39. Arrêts 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, C-87/94, *Rec.*, p. I-2043, points 51-52; 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, précité, points 107 à 109; CJCE, arrêt 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, C-94/99, point 24; 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, précité, points 92 et 93.

II. Le principe d'égalité est consacré expressément dans certaines dispositions de droit belge. On peut relever :

1. La non-discrimination dans les documents du marché :

— est ainsi prohibée toute clause basée sur la nationalité, c'est-à-dire toute clause qui défavoriserait les travailleurs, les entrepreneurs, les sociétés ou les prestataires d'un autre État membre par rapport aux ressortissants nationaux possédant la même qualification;

— en matière de produits : il est interdit d'introduire, dans les clauses contractuelles, des spécifications techniques conduisant à privilégier un produit déterminé, comme la mention de produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou une firme déterminée comme des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Il s'agit d'éviter des clauses de préférence régionale et de supprimer tout monopole[40].

2. L'interdiction des ententes entre candidats ou entre soumissionnaires :

— par l'établissement d'une condition d'irrégularité substantielle d'une candidature ou d'une offre établie à la suite d'une entente[41];

— par la pénalisation des ententes[42].

---

40. Loi du 24 décembre 1993, art. 22; arrêté royal du 8 janvier 1996, art. 85; arrêté royal du 10 janvier 1996, art. 71; arrêté royal du 18 juin 1996, art. 21, '2; circulaire du 23 juin 2004 (*Monit.* 25 juin 2004, 2ème éd.).

41. Loi du 24 décembre 1993, art. 11 : « Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente doivent être écartées. Si un tel acte, convention ou entente a abouti à l'attribution d'un marché public, toute exécution doit en être arrêtée, à moins que l'autorité compétente n'en dispose autrement par décision motivée. L'application de la présente disposition ne peut en aucun cas donner lieu à dédommagement de la personne qui s'est vu attribuer le marché ».

42. Loi du 24 décembre 1993, art. 66, qui remplace l'article 314 du Code pénal : « Les personnes qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions, par violences ou par menaces, par dons ou promesses ou par tout autre moyen frauduleux, seront punies d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cent francs à trois mille francs ».

3. La prévention des conflits d'intérêt

Sont ici visées les dispositions particulières qui établissent des incompatibilités ou qui contiennent des interdictions de délibérer ou de contracter au nom de la puissance publique en raison de conflits d'intérêt au sens large (intérêt personnel et direct dans les opérations considérées, liens de parenté, etc.)[43]. En quelque sorte, elles imposent une obligation de désintéressement en vue de prévenir les infractions visées aux articles 245 et suivants du Code pénal (la corruption)[44].

À propos du droit belge, l'on retiendra :

1°) l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

— En son paragraphe 1er, cette disposition prévoit de manière générale qu'il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires ».

— En son paragraphe 2, cette même disposition présume l'existence de cet intérêt en fonction de liens de parenté ou d'alliance (parenté et alliance jusqu'au 3e degré en ligne directe et jusqu'au 4e degré en ligne collatérale) ou lorsqu'il y a des intérêts financiers (l'agent est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires, ou exerce en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion)[45].

2°) le régime des incompatibilités prévu par les articles 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (secteurs classiques) et 65 de

43. Nouvelle loi communale, art. 92; loi provinciale, art. 63; loi du 8 juillet 1976 sur les centres publics d'action sociale, art. 37.

44. Ph. QUERTAINMONT, « La corruption dans les affaires publiques », *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 1037; R. ANDERSEN, P. NIHOUL, « La corruption : problématique générale et état de la question », *Ann. Dr.*, 1998/2, p. 155-157.

45. Voir l'affaire Slangen du nom d'un expert au cabinet du premier ministre par ailleurs à la tête d'une entreprise de communication qui avait décroché le marché relatif à la campagne d'« information de la population » et d'« appui à la consultation populaire » portant sur la réforme Copernic de la fonction publique fédérale.

l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (secteurs spéciaux) : en substance, ces dispositions s'opposaient, de manière générale et sans distinction, à la participation à un marché de toute personne qui a été chargée préalablement de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché, en ce compris toute personne liée de près ou de loin à l'adjudicataire de l'étude, comme un sous-traitant ou un bénévole. Par son arrêt du 3 mars 2005, la Cour de Justice a jugé ce régime extrêmement sévère au motif qu'« une telle règle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires » dès lors qu'elle ne laissait pas à la personne concernée « la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence »[46]. À la suite de cet arrêt, le régime des articles 78 et 65 précités a été revu par l'arrêté royal du 18 février 2004 qui supprime la présomption irréfragable qui y était prévue et oblige désormais le pouvoir adjudicateur, avant d'écarter de manière motivée une candidature ou une offre pour ce motif, d'inviter le candidat ou le soumissionnaire concerné à fournir par écrit les justifications lui permettant d'établir que ce dernier ne bénéficie pas d'un tel avantage.

4. L'interdiction de toute négociation avec les candidats sur des éléments fondamentaux du marché[47].

III. Au-delà de ces consécrations expresses, la Cour a utilisé ce principe comme un cheval de Troie pour faire tomber tant que faire se peut les réticences nationales à l'ouverture des marchés publics.

1. Elle s'est référée au principe d'égalité de traitement pour *interpréter les directives ou combler leurs lacunes*.

La Cour a ainsi examiné, en l'absence de disposition spécifique ou explicite dans les directives, à l'aune de ce principe l'obligation ou non d'assurer une publicité préalable aux critères de sélection des candidats dans le cadre d'une procédure restreinte, les critères qui peuvent être retenus en vue de l'attribution d'un marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse (procédure d'appel d'offres), dès lors que les

46. CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03.

47. Arrêté royal du 8 janvier 1996, art. 115, al. 5 : « Le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre ».

directives ne les énumèrent pas de façon limitative, et les modalités de renonciation à une procédure de passation d'un marché public. Elle a également, comme on l'a vu, affirmé l'obligation de traiter de manière identique les candidats ou les soumissionnaires à un marché public à tous les stades de la procédure.

2. La Cour s'est également servie de ce principe pour soumettre *les marchés non soumis aux directives* à certains principes issus du Traité de Rome lui-même.

Ainsi en va-t-il pour les concessions de service public[48] et pour les marchés publics dont la valeur se situe sous les seuils financiers européens[49]. Si l'on combine l'enseignement des deux arrêts précités, il est permis d'avancer que, même en dehors du champ d'application des directives, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus, en vertu du Traité instituant la Communauté européenne, de prévoir dans les documents du marché des clauses non discriminatoires qui ne constituent pas une entrave à la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux, de réserver à ces documents une publicité adéquate et d'assurer la transparence de la procédure d'examen des soumissions ainsi que des décisions prises au terme de cette procédure.

3. Poussons le raisonnement encore plus loin. Dès lors qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement a le statut de principe général de droit communautaire, celui-ci a vocation à s'appliquer, même et surtout lorsqu'il n'existe pas de règles communautaires dérivées fixant la procédure de passation d'un marché public, à *toute procédure de passation d'un tel marché et à chaque phase d'une telle procédure.* Comme le relève la Cour, les procédures de passation des marchés publics, qu'ils soient ou non visés par les directives sur les marchés publics, doivent « être appliquées de manière à garantir le respect [...] de la libre concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi que l'obligation de transparence »[50].

---

48. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria e.a.*, C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

49. CJCE, ordonnance 3 décembre 2001, *Vestergaard*, C-59/00, point 21; *Rev. Dr. Union Europ.*, 2002, p. 157, note R. KLAGES; CJCE, arrêt 20 octobre 2005, *Commission c/ France*, C-264/03.

50. CJCE, 27 nov. 2001, *Lombardini et Mantovani*, aff. jtes C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9233, point 76.

4. Mais il y a plus. En tant que principe général de droit communautaire, le principe d'égalité de traitement ne se limite pas aux procédures de passation des marchés publics non soumis aux directives, mais englobe également *tous les autres aspects de ces marchés qui échappent au champ d'application des directives*, tels que la détermination de l'objet d'un marché public ou les clauses relatives à l'exécution des marchés publics[51].

Ainsi, pour la Commission, « l'objet d'un marché public ne peut être défini de manière à avoir pour objectif ou pour résultat de réserver l'accès au marché à des entreprises nationales au détriment de soumissionnaires d'autres États membres »[52]. De même, précise la Commission, les clauses contractuelles d'exécution d'un marché public, lesquelles n'entrent pas dans le champ d'application des directives, « doivent respecter les règles et principes généraux du Traité, notamment le principe de non-discrimination »[53].

5. Comme on le voit, dans l'attente d'un code européen des marchés publics dont la vocation serait d'appréhender l'ensemble de la matière, le droit communautaire primaire conserve une place importante en tant qu'il régit les aspects des marchés publics actuellement non réglés par les directives. La Cour n'est pas étrangère à cette évolution et nul doute que sa jurisprudence ultérieure en sera encore le reflet.

---

51. Voir à cet égard P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *R.T.D. Eur.*, 2002, p. 413 à 449.

52. Communication interprétative de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM(2001), 274 final du 4 juillet 2001, p. 8; *Rev. Dr. Union europ.*, 2001/3, p. 731, note P. BRUMTER-CORET, N. POURBAIX. Voir dans le même sens la communication interprétative de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM(2001), 566 final, *JOCE*, C 333, du 28 novembre 2001, p. 28.

53. *Id.*, *JOCE*, C333, du 28 novembre 2001, p. 25.

PARTIE III — REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A. CONTEXTE

L'apport des marchés publics dans l'économie est loin d'être négligeable. Ils représentent entre 11 et 20 % du P.I.B. selon les États de l'Union européenne. En 2004, ils ont pesé plus de mille milliards d'euros dans l'Union et près de 35 milliards d'euros en Belgique. Ce poids économique important ne pourrait-il être utilisé au profit d'une politique de l'emploi ou de préoccupations environnementales ou encore d'un commerce plus équitable et plus éthique en introduisant, dans les cahiers spéciaux des charges, des éléments qui incitent, voire obligent, les pouvoirs adjudicateurs à « préférer » des entreprises candidates, des biens ou des prestations marqués du sceau de ces considérations sociales, environnementales ou éthiques?

Très longtemps, la réponse à cette question est restée négative. Pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, en raison de la conception purement budgétaire qui sous-tend à la base la commande publique : le seul but poursuivi lors d'un marché public est la réalisation du meilleur achat au meilleur coût. Les textes législatifs applicables reflètent d'ailleurs cet état d'esprit en retenant la notion d'offre « économiquement la plus basse » ou « économiquement la plus intéressante », compte tenu des contraintes du marché, sans prendre en considération ses éventuels effets collatéraux. Le principe de base en la matière est la neutralité de la commande publique. Ensuite, eu égard aux principes d'égalité et de non-discrimination qui imprègnent le droit européen, lesquels impliquent de manière générale que les soumissionnaires et les produits doivent se trouver sur un pied d'égalité à tous les stades de la procédure d'attribution d'un marché public[54]. Il ne peut donc être question d'insérer dans les documents du marché des clauses de préférences nationales ou régionales ou des spécifications

54. Voir P. NIHOUL, « Les marchés publics dans l'Union européenne (2001-2002) », *J.T.D.E.*, 2003, p. 264.

techniques en faveur de tel ou tel produit, même si le coût budgétaire est identique.

Le débat relatif à l'utilisation des marchés publics au service d'autres objectifs que la libre concurrence a toutefois évolué ces quinze dernières années sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, mais aussi et surtout des États membres de l'Union européenne. Il a d'abord eu pour enjeu les clauses sociales pour ensuite se porter sur les clauses environnementales et plus récemment sur les clauses éthiques voire équitables.

B. EXEMPLES DE CLAUSES

Ces clauses peuvent porter sur les conditions de travail[55]; elles se rattachent alors aux clauses dites « sociales ». Elles peuvent aussi avoir trait aux droits fondamentaux de la personne humaine[56]; elles sont alors qualifiées de clauses « éthiques ». Enfin, elles peuvent imposer des normes en matière environnementale (pollution sonore, atmosphérique...).

Elles revêtent généralement deux facettes. Soit elles s'attachent à l'entreprise qui est candidate à l'attribution du marché public : les normes ou les valeurs à respecter doivent l'être par l'entreprise en général pour toutes ses prestations, quel que soit leur lieu ou leur objet, et pour toutes ses structures (filiales, usines...); elles sont dites « générales » ou « universelles ». Soit elles se concentrent sur la prestation qui fait l'objet de la commande publique : il convient que le bien à acquérir ou le service à fournir soit réalisé dans les conditions sociales, environnementales ou éthiques requises, indépendamment des comportements adoptés par l'entreprise candidate à l'occasion d'autres prestations ou dans d'autres structures; elles sont dites « restreintes ».

---

55. Comme le respect du principe de non-discrimination en matière de travail ou de rémunération, la prohibition du travail forcé ou du travail des enfants, ou la conformité des relations de travail aux *Conventions de l'Organisation Internationale du Travail* (OIT).

56. Comme se référer à la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, au Pacte onusien relatif aux droits économiques et sociaux, ou encore à l'interdiction de commettre des crimes contre l'humanité ou de pratiquer l'esclavage ou la torture.

C. Réglementation

Quant à leur admissibilité d'un point de vue juridique[57], ces clauses doivent être analysées selon le statut qu'elles revêtent dans les documents du marché. Cinq situations peuvent se présenter au regard des règles relatives aux marchés publics[58].

1. Les *critères de sélection qualitative* ont trait à l'aptitude de l'entreprise candidate et comprennent des causes d'exclusion et des critères de capacité financière, économique et technique. Ces critères font l'objet d'une énumération exhaustive et limitative et ne permettent donc pas de tenir compte de considérations sociales, environnementales ou éthiques.

2. Les *critères d'attribution* varient selon les procédures.

Soit les offres en lice sont comparées au regard du prix le plus bas à l'exclusion de toute autre préoccupation (adjudication) : cette procédure n'est pas par elle-même de nature à avantager les produits ou les prestations qui sont ici concernés dès lors qu'en raison des contraintes supplémentaires qui pèsent sur ceux-ci ou celles-ci, ils ou elles ne sont probablement pas les meilleurs marchés.

Soit l'offre est choisie au regard d'une série de critères objectifs et transparents fixés préalablement par l'autorité (appel d'offres). Ces critères sont énumérés par les directives européennes, lesquelles ne reprennent pas les clauses éthiques ou sociales, contrairement aux caractéristiques environnementales. Cette énumération n'est toutefois qu'exemplative, ce qui a permis à la Belgique, par la loi du 8 avril 2003, de prévoir la possibilité d'avoir égard à « des considérations d'ordre social et

57. Sur leur légitimité et sur leur effectivité, voir A. Gosserie, « Marchés publics, libre échange et clause éthique. À propos d'une initiative belge », [En ligne]. http://www.etes.ucl.ac.be; M. Verdussen, « Marchés publics et Droits de l'homme », *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, p. 1139-1149.

58. Signalons à cet égard qu'il faut combiner, depuis le 1er février 2006, les nouvelles directives européennes du 31 mars 2004, qui ne sont pas encore transposées en droit belge mais qui sont déjà directement applicables pour les marchés se situant au-dessus des seuils financiers européens, et la loi belge du 24 décembre 1993 pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils financiers européens.

éthique »[59]. Le pouvoir adjudicateur peut donc recourir à d'autres critères de comparaison des offres à condition qu'ils respectent le principe de non-discrimination, procurent un avantage économique au pouvoir adjudicateur et soient liés à l'objet du marché concerné. Vu ces conditions très strictes, ces clauses ne sont admises comme critères d'attribution que si elles ont un caractère accessoire aux autres critères; toutefois, lorsque les offres sont équivalentes au regard des autres critères, elles peuvent faire la différence.

3. Les *conditions d'exécution* du marché ne président pas au choix du soumissionnaire.

Elles présentent le double intérêt, d'une part, de s'imposer à tous les candidats au marché — ceux-ci ne peuvent émettre de réserves à ce propos — et, dès lors, de respecter le principe d'égalité et, d'autre part, de ne pas être réglementées par les directives européennes, lesquelles ne s'attachent qu'aux conditions de passation du marché. Les pouvoirs adjudicateurs sont donc libres de définir des exigences particulières concernant les modalités d'exécution du contrat. C'est donc à ce stade que l'on retrouve la plupart des clauses sociales, environnementales ou éthiques[60].

Toutefois, cette ouverture dans le dispositif légal doit être relativisée. En effet, de telles clauses ne peuvent pas être des critères de sélection ou d'attribution déguisés; en outre, elles doivent être formulées de telle sorte qu'elles aient un lien avec la performance ou l'exécution du marché. La Commission a ainsi estimé qu'une clause éthique selon laquelle « l'adjudicataire s'engage à n'exercer lui-même ou par le biais d'entreprises liées, pendant l'exécution du contrat, aucune activité commerciale dans » certains États, constitue en réalité une clause d'exclusion « du fait de sa formulation très générale, sans lien avec l'objet ni avec l'exécution du contrat, ainsi que du fait qu'elle vise la situation propre de l'adjudicataire » (DG Marché intérieur, lettre du 2 août 2001).

---

59. Faisant usage de cette faculté, l'État a mis au point deux guides méthodologiques, l'un relatif à « l'achat de véhicules motorisés à l'usage des administrations fédérales » (approuvé par le conseil des ministres du 4 juin 2004) et l'autre relatif à « l'achat de matériel informatique, de télécopie et de photocopie à l'usage des administrations fédérales » (approuvé par le conseil des ministres du 23 décembre 2004).

60. L'article 18bis, ' 1er, de la loi belge sur les marchés publics, inséré par la loi du 8 avril 2003, y fait écho.

4. La *réservation de marché* consiste à ne permettre l'accès à la commande publique qu'à un public cible d'entreprises. Ce procédé n'est cependant actuellement prévu que pour les entreprises de travail adapté ou d'économie sociale d'insertion[61].

5. Les *spécifications techniques* déterminent les caractéristiques du produit ou du service commandé.

Elles touchent à la régularité des offres, les produits ou les services proposés devant s'y conformer pour que l'offre soit jugée régulière, et concernent donc toutes les procédures. Elles ne peuvent être discriminatoires, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises nationales ou à des produits particuliers. Sous cette réserve, le pouvoir adjudicateur est donc libre de définir l'objet du marché et, à cette occasion, de choisir un produit ou un service qui, tout en répondant aux besoins publics, pourra tenir compte d'autres impératifs, tels que les conditions de travail, la protection de l'environnement, le développement durable ou le commerce équitable.

Dans ce cadre, deux techniques sont utilisables : soit se référer à un label officiel, lequel n'existe pas encore pour le commerce équitable, les certifications actuelles émanant d'organismes privés; soit se référer à une marque de produit qui reflète cette préoccupation, comme Max Havelaar, pour autant que l'on y ajoute la mention « ou équivalent » comme l'exige la législation afin de permettre à d'autres opérateurs qui respectent cette spécification de pouvoir participer au marché[62].

---

61. La Belgique a été pionnière en la matière puisque, depuis le 27 avril 2003, l'article 18bis, § 2, de la loi sur les marchés publics prévoit cette possibilité pour les marchés sous les seuils européens. Elle est désormais reprise à l'article 19 de la directive 2004/18.

62. C'est dans ce cadre qu'une série de « Recommandations pour l'achat de produits plus respectueux de l'environnement et fabriqués dans des conditions socialement respectueuses » ont été mises au point; les prescriptions écologiques et éthiques qui y figurent ont été rendues obligatoires par une circulaire du 27 janvier 2005 pour les marchés de fournitures lancés par les autorités fédérales et relatifs à une dizaine de produits (fournitures de bureau; produits de cantine; fournitures papier...). Consultez le site www.guidedesachatsdurables.be.

D. CONCLUSION

La prise en considération dans les marchés publics des préoccupations sociales, environnementales, éthiques et du commerce équitable existe donc et est soutenue par certaines autorités belges. Le bilan reste toutefois mitigé. D'une part, les possibilités offertes par les textes restent limitées et ont un impact accessoire quant au choix de l'entreprise. À cet égard, la Belgique pourrait franchir un pas de plus en prévoyant, pour les marchés situés sous les seuils européens, des critères d'attribution plus orientés vers le commerce équitable, voire des réservations de certains marchés aux entreprises fabriquant ce type de produits[63]. D'autre part, la pratique des pouvoirs publics ne reflète pas l'évolution du débat juridique. De ce point de vue, les initiatives louables de l'État fédéral en ce domaine devraient être étendues aux régions, communautés et pouvoirs locaux.

Diane Deom
Faculté de droit
Collège Thomas More
Place Montesquieu 2
Université catholique de Louvain
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Belgique
Tél. : 00-32-10-47.47.16
Téléc. : 00-32-10-47.47.05
diane.deom@publ.ucl.ac.be

Pierre Nihoul
Faculté de droit
Collège Thomas More
Place Montesquieu 2
Université catholique de Louvain
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Belgique
Tél. : 00-32-2-234.96.40
Téléc. : 00-32-2-234.95.19
pierre.nihoul@publ.ucl.ac.be

63. Le projet de loi transposant les directives du 31 mars 2004, actuellement en discussion à la Chambre, ne prévoit rien de tel en ses articles 22 (réservation de marchés) et 25 (critères d'attribution) (www.chambre.be, doc. n° 51 2237).