

Les services et la nouvelle réglementation des marchés publics

CHRISTOPHE DUBOIS



Le point sur la Nouvelle réglementation

- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
 - Entrée en vigueur ? Juillet 2017
 - Attente des arrêtés royaux d'exécution
- Structure de la nouvelle réglementation : reste identique
 - Toujours une loi « générale »
 - Des arrêtés de passation (secteurs classique et spéciaux)
 - Les R.G.E. (A.R. du 14 janvier 2013) – principalement modifiées sur la question de la modification des contrats en cours d'exécution
 - La loi relative à l'information, à la motivation et aux voies de recours – principalement modifiée pour la rendre applicable aux concessions

Nouvelle réglementation : principales modifications

- Structure de la réglementation
- **Objet(s) visé(s) par la réglementation**
- Procédure :
 - Dénomination de la procédure négociée et modification du recours à la procédure négociée
 - Assouplissement du recours à la procédure négociée avec publicité (secteurs classiques)
 - Le partenariat d'innovation
- Répartition obligatoire du marchés en lots au-dessus du seuil de 134.000 euros
- L'atténuation de la distinction entre phase de sélection et phase d'attribution
- La phase de sélection et le D.U.M.E.
 - Déplacement de la réglementation
- Digitalisation de la procédure
- Marchés publics de faible montant
- Modifications des contrats en cours d'exécution

Points forts de la réforme en matière de **services**

- Une **série d'exclusions** du champ d'application de la réglementation (exclusion en fonction de l'objet)
- Suppression des listes de services A et B
- **Régime particulier** pour les services sociaux et les services spécifiques (**Annexe III**)
- Quelques remarques sur la théorie du « In House » qui a été, sur certains points, assouplie (exclusion quant à la personne)

Les Exclusions du Champ d'Application

Les Services Exclus – Art. 28 LOI

- « Exclusions spécifiques pour les marchés de services »
- « Ne sont pas soumis à l'application de la Loi »
- « Sous réserve du paragraphe 2 »

Qui se lit comme suit « *le Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au § 1^{er}, 4^o, a et b dans les cas qu'il détermine* » (= certains marchés publics de services juridiques)

- Liste de 10 services qui sont exclus !

1° services immobiliers

Les marchés ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de **bâtiments existants** ou d'autres bien immeubles ou concernant des droits sur ces biens

=> exception concerne donc uniquement des bâtiments existants

=> exception ne concerne donc pas la location ou l'acquisition de **bâtiments à construire** conformément à un programme/à des prescriptions imposées par le pouvoir adjudicateur « preneur »

=> rappel : CJUE – Wall - 29 octobre 2009. La Cour a constaté dans celui-ci que le contrat de location n'en était pas un. En réalité, l'objectif prioritaire du contrat portait sur la construction des ouvrages faisant l'objet de la location, ouvrages qui devaient par la suite être mis à la disposition du « preneur ».

En outre, les spécificités de cet ouvrage avaient été détaillées par le pouvoir adjudicateur « *bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure* » ;

4° l'un de services juridiques suivants

- a) La représentation légale d'un client par un **avocat** (...) et ce dans le cadre:
 - i. d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation;
 - ii. d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales

- b) Le **conseil juridique** fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a) ou **lorsqu'il existe des signes tangibles de fortes probabilités** selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, **pour autant que le conseil émane d'un avocat**

=> deux conditions cumulatives donc !

=> n'est donc pas visé par l'exclusion le conseil juridique prodigué en dehors de toute procédure contentieuse

4° l'un des services juridiques suivants

=> exclusions concernant d'autres professionnels du droit (>< avocats)

- c) les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des **notaires**
- d) les services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'Etat membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions
- e) Les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la **puissance publique**

Et quid des huissiers de justice dans tout cela ?

- TP : « *les services juridiques fournis par des huissiers de justice tombent sous le champ d'application du Chapitre VI [Services de l'Annexe III] relatif aux services sociaux et autres services spécifiques. De tels services peuvent toutefois être exclus du champ d'application de la présente loi si, conformément au point d), les huissiers de justice sont désignés par une cour ou un tribunal ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions* »

5° et 6° les services financiers

5° Les services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la Directive 2004/39 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil ainsi que les services fournis par la banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le mécanisme européen de stabilité

6° **Les prêts**, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers

=> **exclusion des emprunts !**

7° les contrats d'emploi

- Le texte parle de « contrats d'emploi »
- Les TP envisagent la notion comme suit « *sont uniquement visés les contrats avec lien de subordination et non les contrats visant à engager des personnes sous statut d'indépendant* »

Alinéa final: le Roi peut définir les cas considérés comme « contrat de travail »

? En ligne avec une interprétation européenne/fonctionnelle?

? Quid du médecin indépendant de l'hôpital ? => relations de travail fortement organisées au travers de la réglementation des hôpitaux (organisation du travail, participation aux organes de l'hôpital, régime financier)

**La suppression des listes A et B et leur remplacement
par les Services de l'Annexe III**

De l'annexe II.B à l'annexe III (services sociaux et autres services spécifiques)

- Le législateur européen a fait le choix de ne plus reprendre la distinction entre les services prioritaires et les services non prioritaires
- Ce que l'on appelait les annexes II.A. et II.B. de la précédente directive européenne
- Services de l'annexe II.B. : bénéficiaient des règles plus souples
 - Lorsque leur montant atteignait le seuil européen, ils devaient seulement faire l'objet d'une publicité *ex post* au moyen d'un avis d'attribution de marché
 - Ils n'étaient pas soumis à l'ensemble des dispositions de la directive européenne mais uniquement au respect des principes d'égalité et de transparence et aux exigences en matière de spécificités techniques
 - Législateur belge avait cependant soumis certains services de l'annexe B à l'entière de la réglementation, mais permettant le recours à la procédure négociée avec publicité

Vers l'Annexe III : l'exception

- Principe devient, avec la nouvelle réglementation, le suivant:

**tous les marchés de services sont en principe soumis à l'ensemble
des dispositions de la loi**

- Le législateur a néanmoins prévu/conservé une exception pour certaines catégories de services
 - Ceux dont les codes CPV sont exhaustivement énumérés à l'annexe III de la loi
 - Pourquoi ? Parce qu'ils conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée
 - Un régime spécifique a été mis en place pour les marchés publics portant sur de tels services
 - Remarque le seuil de publicité est ici fixé à 750.000 euros
 - Plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services.

Annexe III : les services sociaux et autres services spécifiques (L., art. 88 et s.)

- « *Le présent chapitre s'applique aux marchés publics ayant pour objet des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III, sauf lorsque ces marchés relèvent, en raison de leur faible montant, du chapitre 7* »

=> 2 choses à retenir:

- Régime particulier pour les marchés de services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III
- Possible application du régime relatifs aux marchés publics de faible montant (Chapitre 7) qui prévoit un régime différent pour les marchés publics inférieur à 30.000 euros HTVA, à savoir respecter les principes généraux et le champ d'application *ratione personae* et *materiae* => ces marchés sont conclus par simple facture acceptée !

Services sanitaires et sociaux

- Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile
- Service de mise à disposition de personnel infirmier
- Services de mise à disposition de personnel médical
- Ménages privés employant du personnel
- Services de main d'œuvre pour les particuliers
- Service de personnel intérimaire pour les particuliers
- Services de personnel de bureau pour les particuliers
- Services de personnel temporaire pour les particuliers
- Services d'aide à domicile
- Services domestiques

Services repris l'Annexe III

Services Annexe III	Ancienne liste B
Services sanitaires, sociaux et connexes	Catégorie 25: Services sociaux et sanitaires Catégorie 22: Services de placement et de fourniture de personnel
Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	Catégorie 24: Services d'éducation et de formation professionnelle
Services de sécurité sociale obligatoire	
Services de prestations	
Autres services communautaires, sociaux et personnels y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques,...	
Services religieux	
Services d'hôtellerie et de restauration	Catégorie 17 : Services d'hôtellerie et de restauration

Services repris à l'Annexe III

Services Annexe III	Ancienne liste B
Services juridiques non exclus (= Services de conseils hors contentieux)	Catégorie 21: Services juridiques
Autres services administratifs et publics	Catégorie 27 : Autres services
Prestations de service pour la collectivité	
Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours	
Services d'enquête et de sécurité	Catégorie 23: Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés
Services internationaux	
Services postaux	
Services divers	Catégorie 27 : Autres services

Constat

- Les catégories de la liste « B » des Services sont en grande partie repris dans l'Annexe III listant les « Services spécifiques »
 - D'autres ont été exclus; d'autres enfin soumis à la totalité de la réglementation
- Un autre régime juridique (que le régime traditionnel) s'applique à ceux-ci
- Ce régime est défini à l'article 89 de la Loi.

Régime (1)

En fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, le pouvoir adjudicateur peut, pour la passation de ces marchés de services :

- 1) Recourir à la procédure négociée directe avec publicité préalable
=> toutes les dispositions ne sont pas applicables, sauf disposition contraire dans les documents du marché

- 2) Recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 750.000 euros (ou, lorsque le montant estimé du marché atteint ce seuil dans certains spécifiques)
=> toutes les dispositions ne sont pas applicables, sauf disposition contraire dans les documents du marché

Régime (2)

3. Se référer expressément à l'une des procédures de passation ou techniques d'achat prévues par la loi, à l'exception de la procédure négociée directe avec publication préalable et de la procédure négociée sans publication préalable, sans que les conditions d'application de ces procédures ne soient nécessairement remplies
 - => mais appliquera alors toutes les règles de ces procédures
 - => voie de travail **la moins souple**

4. Recourir à une procédure de passation *sui generis* avec publication préalable dont il fixe les modalités
 - => le pouvoir adjudicateur doit appliquer les règles qu'il s'édicte
 - => pour la fixation de cette procédure, le pouvoir adjudicateur peut
 - s'inspirer des procédures de passation et techniques d'achat prévues par la réglementation; ou
 - renvoyer à certains articles des procédures de passation et techniques d'achat prévues par le présent titre et, le cas échéant, prévoir des dérogations

Régime (3)

- Quelle a été la volonté du législateur ?
- TP :
 - Approche « boîte à outils »
 - Choisir la procédure la plus adéquate au regard d'une flexibilité nécessaire
 - Permettre du « sur mesure »

Régime (4)

Grands principes doivent être respectés concernant la mise en œuvre de ces procédures :

- Elles doivent, en tout état de cause, respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques
- Le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, ils ont la même valeur.
- Implique la publication d'un avis de marché (sauf hypothèse 2)
- On rajoutera que la marge de manœuvre est grande dans le chef du pouvoir adjudicateur => limite semble être l'erreur marginale d'appréciation

Publication (Loi, art. 90)

- Avis de marché ou de pré-information en indiquant quel « choix procédural » est retenu
 - Surtout dans l'hypothèse de la procédure « sur mesure » qu'il convient d'être attentif au contenu de l'avis
- Avis d'attribution de marché, pour autant que le montant estimé du marché est égal ou supérieur à 750.000 euros.

Pour finir: quid des marchés de services d'avocat ?

Tableau de réflexion

Contentieux ou conseil lié au contentieux	Conseil inférieur à 30.000 euros HTVA	Conseil inférieur à 750.000 euros HTVA	Conseil supérieur à 750.000 euros HTVA
Exclusion de la réglementation des marchés publics => intuitu personae (cfr TP)	Sur simple facture acceptée	Procédure négociée sans publicité	Procédure (au choix) => nécessite une publication

Pour finir: quid des services d'huissiers de justice ?

- Point de départ : ces services sont visés par l'Annexe III selon les TP
- Avis de la CMP du 8 novembre 2016

Services exclus de la réglementation	Services soumis à la réglementation (ne bénéficiant pas de l'exception)
<ul style="list-style-type: none">- Si les huissiers sont désignés par une Cour ou un Tribunal ou par la Loi ET <ul style="list-style-type: none">- Pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction	
Intervention en tant qu'administrateur provisoire; liquidateur; séquestre; rédaction et signification d'exploits; mise à exécution des décisions de justice	Recouvrement de dettes à l'amiable; intervention en tant que médiateur de dettes à l'amiable; ...

Des nouveautés en matière de In House

Quoi de neuf pour le *In house* ?

- Jurisprudence de l'Union européenne était la suivante
 - N'avait été rendue qu'au regard d'une relation verticale
- Pas lieu pour un pouvoir adjudicateur de lancer une procédure de passation d'un marché public lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont satisfaites :
 - Première condition: le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité contrôlée un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services
 - Seconde condition: l'entité contrôlée exerce au bénéfice du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôle l'essentiel de ses activités

Principales modifications/nouveautés (L., art. 30)

Principe: une codification de la jurisprudence européenne

- **Première condition**, celle du contrôle analogue => statut quo : « *exercer sur l'entité concernée une influence décisive quant à ses objectifs stratégiques et les décisions importantes qu'elle prend* »
- **Deuxième condition**, celle de l'essentiel des activités => ici il y a **du neuf**: seuil fixé à 80% des activités
- **Assouplissement** concernant la règle de l'absence de participation privée au sein de l'entité contrôlée. Il est désormais possible, à titre exceptionnel, d'avoir du capital privé dans l'entité contrôlée pour autant qu'elle soit exigée par la loi **et** qu'elle n'emporte pas de minorité de blocage ou une influence décisive

Du « In house » aux « In House »

A côté du In House Vertical, on trouve d'autres formes :

- In House Indirect (Holding) – nouveauté
- In House Ascendant (en sens inverse) – nouveauté
- In House horizontal-collatéral (entités sœurs qui travaillent entre elles) – nouveauté
- In House conjoint (exemple de l'intercommunale pure) : précision sur l'intensité du contrôle
 - Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants
 - Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importants de la personne morale contrôlée
 - Et la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêt contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent

Merci pour votre attention – A votre disposition pour quelques questions

Christophe Dubois
Avocat Associé



christophe.dubois@equal-partners.eu