
LES SECTEURS SPÉCIAUX LE SONT-ILS ENCORE ?

MAXIME VANDERSTRAETEN



RÉSUMÉ

Les secteurs spéciaux (actuellement l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux) ont de tout temps été soumis à un régime particulier en droit européen et belge des marchés publics. L'auteur identifie ces spécificités aux différents stades de la passation et de l'exécution d'un marché. Sur la base de cet état des lieux, l'auteur nuance le constat selon lequel les secteurs spéciaux bénéficient d'un régime plus souple que les secteurs classiques, surtout depuis la transposition par la loi du 17 juin 2016 de la directive 2014/25/UE. *De lege ferenda*, l'auteur s'interroge sur l'opportunité de fusionner au sein d'un même instrument les règles relatives aux deux secteurs.

SAMENVATTING

De nutssectoren (thans water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) zijn altijd aan een bijzonder regime van EU- en Belgische overheidsopdrachten-regelgeving onderworpen geweest. De auteur omschrijft deze specifieke kenmerken in de verschillende stadia van de plaatsing en uitvoering van opdrachten. Op basis van deze stand van zaken nuanceert de auteur de stelling dat de regeling in de nutssectoren soepeler is dan in de klassieke sectoren, vooral sinds de omzetting door de wet van 17 juni 2016 van de richtlijn 2014/25/EU. *De lege ferenda* stelt de auteur de vraag of de twee regelingen in één instrument zouden kunnen worden samengevoegd.



Introduction

1. Nonobstant l'adjectif « spécial » qu'on leur attribue, les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des secteurs postaux sont loin d'occuper une place négligeable dans le monde de la commande publique. Si les secteurs classiques représentent certes la part la plus importante de l'économie européenne, les secteurs spéciaux comptent tout de même pour 10 % de l'ensemble des contrats mis en concurrence, et pour 17 % de leur valeur totale.¹

2. L'importance des secteurs spéciaux pour l'intégration du marché européen leur vaut d'être soumis à un régime particulier en droit européen et belge des marchés publics. Nous reviendrons brièvement, d'un point de vue historique, sur les principales étapes de la réglementation des marchés des secteurs spéciaux (1).

3. Cette réglementation présente une série de différences par rapport à celle des secteurs classiques. Nous présenterons celles qui nous paraissent les plus remarquables, tout en constatant que leur importance tend à s'estomper sous

1 Pricewaterhouse Coopers, London Economics and Ecorys, *Public procurement in Europe: Cost and effectiveness* (rapport préparé pour la Commission européenne), http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cost-effectiveness_en.pdf, p. 5.

le régime des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, transposées par la loi du 17 juin 2016. Cet état des lieux nous conduira à relativiser la souplesse particulière dont jouissent les secteurs spéciaux par rapport aux secteurs classiques (2).

4. *De lege ferenda*, nous relaterons la suggestion du professeur ARROWSMITH de fusionner au sein d'un seul instrument les règles applicables aux deux secteurs. Nous arguerons que cette proposition est moins révolutionnaire qu'il n'y paraît, vu le caractère mineur des différences actuelles entre les deux régimes (3).

1. Mise en perspective historique²

5. D'abord exclus du droit européen des marchés publics (1.1), les secteurs spéciaux y ont été insérés dans les années 90 (1.2). Une réforme européenne est ensuite intervenue à la faveur de la directive 2004/17/CE, motivant l'adoption de la loi du 15 juin 2006 et de deux arrêtés dans les secteurs spéciaux (1.3). Dernièrement, la directive 2014/25/UE a été partiellement transposée par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui n'est à ce jour pas encore entrée en vigueur (1.4).

1.1 Les directives des années 70 et la loi du 14 juillet 1976

6. Les premières directives européennes visant à harmoniser la matière des marchés publics (71/305/CEE en ce qui concerne les travaux³ et 77/62/CEE pour les fournitures⁴) excluaient certains secteurs de leur champ d'application, à savoir les services de transport et les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie ainsi que, pour la directive «fournitures», les télécommunications.

Les considérants des directives justifiaient cette exclusion par la nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre les entités actives dans ces secteurs, ces entités relevant parfois du droit privé, parfois du droit public. En réalité, le motif de cette exclusion est davantage politique et tient à l'importance stratégique et économique de ces secteurs pour les États membres.⁵

7. Malgré cette exclusion européenne, certains des opérateurs des secteurs concernés étaient, en droit belge, soumis au droit des marchés publics en raison de leur qualité d'«organisme d'intérêt public» au sens de la loi du 16 mars 1954

2 Pour un exposé plus complet, voy. P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, "Marchés publics et industries de réseau: des secteurs exclus aux secteurs spéciaux", *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 267-274. Voy. égal. P. FLAMEY et B. VAN WEERDT, «Verchillen en gelijkenissen tussen de reglementering inzake overheidsopdrachten voor de klassieke sectoren, de nutssectoren en de defensiesector: eenheid in verscheidenheid», *Entr. et dr.*, 2015/2, pp.146-157; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3^e éd., tome 1, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 180 et s.

3 Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1981, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

4 Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

5 P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, *op. cit.*, p. 268; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 179, pp. 195-196.

relative au contrôle ceux-ci. Suite à l'adoption de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, c'est même la toute grande majorité de ces opérateurs qui relevaient des procédures prévues par cette loi.⁶

1.2 Les directives des années 90 et la loi du 24 décembre 1993

8. Une nouvelle étape a été franchie par l'adoption de nouvelles directives européennes dans les années 90. Les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ne sont plus exclus du droit européen des marchés publics, mais font l'objet de *directives ad hoc* : la directive 90/531/CEE⁷ en ce qui concerne les travaux et les fournitures ; la directive 93/38/CEE pour les services.⁸

L'inclusion des secteurs « spéciaux » fut justifiée par le manque de concurrence constaté dans ces domaines, et jugé néfaste pour la réalisation du marché intérieur.⁹ Les opérateurs nationaux des secteurs spéciaux étaient en effet directement contrôlés par l'État, ou indirectement via l'octroi des droits exclusifs d'exploitation, de sorte qu'ils pouvaient être incités à privilégier des achats nationaux.¹⁰

9. La transposition belge des directives 90/531 et 93/38 a été réalisée par le biais de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette loi prévoit des régimes différenciés en vue de tenir compte de la diversité de forme des entités belges actives dans les secteurs spéciaux. Elle distingue ainsi les pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques et les entités adjudicatrices (ces dernières étant des entités de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux). Le régime des entreprises publiques est lui-même dual, en fonction de ce que les marchés de ces entreprises sont ou non passés dans le cadre de leurs missions de service public.

Plusieurs arrêtés ont été adoptés en vue de donner exécution à la loi¹¹, dont l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, également déclaré applicable aux secteurs spéciaux.

6 P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, *op. cit.*, p. 269.

7 Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

8 Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

9 A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 179, pp. 195-196.

10 S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, p. 185 ; P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, *op. cit.*, pp. 269-270 ; D. D'HOOGHE et E. CLYMAN, "De reglementering opdrachten in de nutssectoren: zin en onzin van een afzonderlijke reglementering", *C.D.P.K.*, 2012, p. 342.

11 Arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

1.3 Les directives de 2004 et la loi du 15 juin 2006

10. Une nouvelle réforme européenne intervient en 2004, par l'adoption des directives 2004/17/CE (secteurs spéciaux) et 2004/18/CE (secteurs classiques).

La directive 2004/17 se présente comme une réglementation de transition, qui n'est destinée à s'appliquer qu'aux secteurs où la libéralisation et la concurrence n'est pas encore effective.¹² C'est la raison pour laquelle les transports aériens, les transports maritimes communautaires et les télécommunications ont été sortis du champ d'application de la directive; c'est aussi la raison pour laquelle le secteur postal (jusqu'alors intégralement étatique et relevant donc des secteurs classiques) y a été intégré.

11. Les directives de 2004 ont été transposées par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

À la différence de la directive 2004/17, la loi du 15 juin 2006 distingue deux catégories de secteurs spéciaux:

- les secteurs spéciaux « publics » (pouvoirs adjudicateurs; entreprises publiques pour les marchés ayant trait à leurs tâches de service public), qui font l'objet du titre III de la loi et de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux;
- les secteurs spéciaux « privés » (entités adjudicatrices; entreprises publiques pour les marchés au-dessus des seuils européens non liés à leurs tâches de service public¹³), visés par le titre IV de la loi et par l'arrêté royal du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de services.

Par ailleurs, les règles générales d'exécution des marchés publics ne sont désormais plus applicables aux secteurs spéciaux privés.

1.4 Les directives de 2014 et la loi du 17 juin 2016

12. La dernière réforme – en date – du droit européen des marchés publics a pris la forme de trois (et non deux) directives: la directive 2014/24/UE (secteurs classiques), la directive 2014/25/UE (secteurs spéciaux), ainsi qu'une nouvelle directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession (qui s'applique indistinctement aux secteurs classiques et spéciaux).

À l'heure d'écrire ces lignes, la Belgique n'a toujours pas entièrement transposé les trois directives précitées, qui devaient pourtant l'être pour le 18 avril 2016 au plus tard.

¹² P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, *op. cit.*, p. 272.

¹³ Sont également visés les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la production d'électricité.

Deux lois du 17 juin 2016 ont néanmoins été publiées au *Moniteur* du 14 juillet 2016: l'une concerne les marchés publics et sera examinée dans la présente contribution; l'autre concerne les concessions et ne retiendra pas notre attention.

13. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est très complète et reprend notamment une série de dispositions qui figuraient jusqu'à présent dans des arrêtés royaux. Ainsi, quoique la loi du 17 juin 2016 n'ait pas encore fait l'objet d'arrêtés d'exécution, il est d'ores et déjà possible d'anticiper ce que sera le futur régime belge des secteurs spéciaux.

14. La nouvelle loi s'aligne sur la directive 2014/25 en prévoyant un seul régime pour tous les secteurs spéciaux.

Le titre 3, intitulé « Marché publics dans les secteurs spéciaux », est ainsi indistinctement applicable à toutes les « entités adjudicatrices »¹⁴, désormais définies comme (1) les pouvoirs adjudicateurs¹⁵ exerçant des activités dans les secteurs spéciaux; (2) les entreprises publiques¹⁶; et (3) les personnes (de droit privé¹⁷) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.¹⁸ Par conséquent, un seul arrêté devrait normalement être adopté dans les secteurs spéciaux, qui remplacera à la fois l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et l'arrêté royal du 24 juin 2013.

L'abrogation de la distinction entre les secteurs spéciaux publics et les secteurs spéciaux privés est motivée par la volonté de simplifier et d'assouplir les règles applicables.¹⁹

15. Le titre 3 de la loi du 17 juin 2016 est divisé en chapitres qui sont identiques à ceux qui composent le titre 2 pour les secteurs classiques. De nombreuses dispositions sont par ailleurs reprises littéralement d'un titre à l'autre, de sorte que les différences entre les secteurs classiques et les secteurs spéciaux semblent s'estomper. C'est ce que nous allons constater plus en détail ci-après.

14 Art. 93, *juncto* 2, 4°, de la loi du 17 juin 2016. Sous la loi du 15 juin 2006, les entités adjudicatrices ne visaient que les personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

15 Au sens également utilisé dans les secteurs classiques: l'État, les régions, les communautés, les autorités locales, les organismes de droit public et les associations de pouvoirs adjudicateurs (art. 2, 1°, de la loi du 17 juin 2016).

16 C'est-à-dire toute entreprise exerçant une activité dans les secteurs spéciaux et sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (art. 2, 2°, de la loi du 17 juin 2016).

17 Les termes « de droit privé » ont disparu de la nouvelle loi, en vue de tenir compte du cas exceptionnel d'une personne morale de droit public étrangère qui bénéficierait de droits spéciaux ou exclusifs en Belgique (exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 10).

18 C'est-à-dire des droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité dans les secteurs spéciaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité (art. 2, 3°, de la loi du 17 juin 2016).

19 Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 4. Voy. égal. le commentaire de l'art. 92, pp. 150-151.

2. Différences entre les secteurs classiques et les secteurs spéciaux

16. La présente contribution n'a pas pour objet d'énumérer de manière exhaustive les différences entre les régimes applicables respectivement aux secteurs classiques et aux secteurs spéciaux. Un tel exercice supposerait du reste que la loi du 17 juin 2016 ait été exécutée par des arrêtés royaux, ce qui n'est pas encore le cas.

Nous concentrerons donc notre analyse sur les différences traditionnellement présentées comme fondamentales entre les deux régimes, et qui fondent l'affirmation selon laquelle le régime des secteurs spéciaux est plus souple que celui des secteurs classiques.

Nous traiterons ainsi tour à tour les thèmes suivants :

- le champ d'application (2.1);
- les procédures de passation (2.2);
- la publicité (2.3);
- la qualification et la sélection qualitative (2.4);
- la protection juridictionnelle (2.5);
- l'exécution du marché (2.6).

2.1 Champ d'application

17. S'agissant du champ d'application, les secteurs classiques et spéciaux partagent de nombreuses caractéristiques (exclusion des marchés passés en vertu de règles internationales²⁰, de certains marchés de services²¹, etc.). Plusieurs différences doivent néanmoins être soulignées, examinées ci-après sous trois angles : *ratione personae* (2.1.1), en fonction de la valeur estimée du contrat (2.1.2) et au regard des exclusions « *in house* » et de coopération horizontale (2.1.3).

2.1.1 *Ratione personae*

18. En droit européen de la commande publique, c'est la *qualité* de l'acheteur qui détermine l'application des règles dans les secteurs classiques, tandis que c'est la nature de l'*activité* concernée par la commande envisagée qui sous-tend l'application du régime des secteurs spéciaux.²²

²⁰ Art. 27 *juncto* art. 108 de la loi du 17 juin 2016.

²¹ Art. 28, 29, 32 *juncto* art. 108 de la loi du 17 juin 2016.

²² P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, *op. cit.*, p. 273.

Le droit belge confirme cette différence entre les secteurs classiques et spéciaux: les pouvoirs adjudicateurs relèvent du titre 2 de la loi du 17 juin 2016 pour tous leurs marchés²³, tandis que les entités adjudicatrices sont soumises aux dispositions du titre 3 uniquement lorsqu'elles exercent une des activités relevant des secteurs spéciaux.²⁴ En outre, les entreprises publiques échappent au titre 3 pour leurs marchés en dessous des seuils européens qui n'ont pas trait à leurs activités de service public.²⁵

2.1.2 Valeur estimée du contrat et seuils européens

19. Dans les secteurs classiques, les pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux dispositions de la loi pour tous leurs marchés, quelle qu'en soit la valeur, même si des règles différenciées existent en fonction de ce que le seuil de publicité est atteint ou non.

Dans les secteurs spéciaux, malgré l'abrogation par la loi du 17 juin 2016 de la distinction entre les secteurs spéciaux «privés» et les secteurs spéciaux «publics», certaines entités adjudicatrices continuent de bénéficier d'un régime plus favorable en fonction de la valeur estimée du contrat. Il s'agit des personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, des entreprises publiques pour les marchés qui ne relèvent pas de leurs tâches de service public et des pouvoirs adjudicateurs pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité, qui ne sont pas soumis aux règles du titre 3 lorsque les montants estimés de leurs marchés sont inférieurs aux seuils européens.²⁶

20. Les seuils européens sont du reste plus élevés dans les secteurs spéciaux²⁷:

	SECTEURS CLASSIQUES	SECTEURS SPÉCIAUX
Travaux	5.225.000 EUR	5.225.000 EUR
Fournitures et services	135.000 EUR (autorités centrales) 209.000 EUR (autres autorités)	418.000 EUR
Services sociaux et autres services spécifiques	750.000 EUR	1.000.000 EUR

Si les seuils européens sont certes plus élevés pour les fournitures et services des secteurs spéciaux, cette circonstance ne dispense cependant pas les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques (pour les marchés ayant trait à leurs tâches de services publics) d'organiser une mise en concurrence conformément aux règles prévalant en dessous de ces seuils (et qui sont largement similaires aux règles européennes). La hauteur des seuils dans les secteurs spéciaux est

23 Art. 17 de la loi du 17 juin 2016.
24 Art. 93 de la loi du 17 juin 2016.
25 Art. 94 de la loi du 17 juin 2016.
26 Art. 94 de la loi du 17 juin 2016.
27 Art. 4 de la directive 2014/24/UE, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2170 du 24 novembre 2015 ; art. 15 de la directive 2014/25/UE, tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2171 du 24 novembre 2015.

donc surtout importante pour l'application de l'exclusion précitée relative aux secteurs spéciaux « privés ».

2.1.3 *In house* et coopération horizontale non-institutionnalisée

21. À la suite des directives de 2014, la loi du 17 juin 2016 codifie désormais, tant dans les secteurs classiques²⁸ que les secteurs spéciaux²⁹, la jurisprudence européenne relative au contrôle « *in house* » (ou « quasi-régie ») et à la coopération horizontale non-institutionnalisée (ou coopération « public-public »).

La codification des exclusions *in house* et de coopération horizontale dans les secteurs spéciaux est d'autant plus remarquable que la Cour de justice ne s'est jusqu'à présent jamais expressément prononcée sur leur application dans ces secteurs.³⁰

Néanmoins, dans les secteurs spéciaux, seuls les pouvoirs adjudicateurs (et non les autres entités adjudicatrices) peuvent se prévaloir de ces exclusions.³¹

Par ailleurs, dans les secteurs spéciaux, l'exception *in house* coexiste avec le régime des opérations intragroupe qui est propre à ces secteurs et globalement moins strict que le régime *in house*.³²

2.2 Procédures de passation

22. Les types de procédures de passation et de techniques d'achat à la disposition des pouvoirs adjudicateurs des secteurs classiques et des entités adjudicatrices sont identiques: procédure ouverte, procédure restreinte, procédure négociée (avec ou sans publicité), procédure négociée directe, dialogue compétitif, partenariat d'innovation, accords-cadres, centrales d'achats, marchés conjoints, etc.

Il existe néanmoins quelques différences en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de certaines de ces procédures. Ainsi, la particularité des secteurs spéciaux tient à l'usage libre de la procédure négociée avec publicité (2.2.1). D'autres différences par rapport aux secteurs classiques peuvent être relevées, en particulier en ce qui concerne le dialogue compétitif (2.2.2) et la procédure négociée sans publicité (2.2.3).

2.2.1 *Procédure négociée avec publicité*

23. Les secteurs spéciaux ont toujours été caractérisés par l'usage libre – c'est-à-dire sans avoir à s'en justifier – de la procédure négociée avec publicité, dé-

28 Art. 30 et 31 de la loi du 17 juin 2016.

29 Art. 113 de la loi du 17 juin 2016.

30 M. HEINE, B. SCHUTYSER et R. VAN MELSEN, "La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives", *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 291-293.

31 Cf. l'art. 113 de la loi, qui renvoie purement et simplement aux art. 30 et 31, lesquels ne visent que les pouvoirs adjudicateurs. S'agissant de l'exception *in house*, M. HEINE, B. SCHUTYSER et R. VAN MELSEN observent que la limitation aux pouvoirs adjudicateurs peut s'expliquer par la coexistence du régime des opérations intragroupe. En revanche, en ce qui concerne la coopération horizontale, la limitation aux pouvoirs adjudicateurs est moins compréhensible (*op. cit.*, pp. 295-297).

32 Art. 114 et 115 de la loi du 17 juin 2016. M. HEINE, B. SCHUTYSER et R. VAN MELSEN, *op. cit.*, p. 191.

sormais renommée « procédure négociée avec mise en concurrence préalable » dans les secteurs spéciaux.³³

Au contraire, dans les secteurs classiques, la procédure négociée avec publicité (renommée « procédure concurrentielle avec négociation ») ne peut être utilisée que dans les cas strictement énumérés par la loi.³⁴

Il convient néanmoins de noter que le législateur européen voit désormais d'un moins mauvais œil l'usage de la procédure négociée avec publicité, dont il a sensiblement assoupli les conditions d'utilisation dans les secteurs classiques.³⁵ Dans le même temps, la loi du 17 juin 2016 encadre désormais plus strictement l'objet des négociations et la manière dont celles-ci doivent être menées dans les secteurs classiques.³⁶ S'agissant des secteurs spéciaux, la loi du 17 juin 2016 se contente d'habiliter le Roi à fixer les modalités procédurales³⁷, lesquelles pourraient donc s'avérer plus souples que celles applicables dans les secteurs classiques.

2.2.2 Dialogue compétitif

24. Le dialogue compétitif est la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue dont la ou les propositions de solution ont été retenues au terme de ce dialogue seront invités à remettre une offre.³⁸

25. Sous les directives de 2004 et la loi du 15 juin 2006, le dialogue compétitif n'était disponible que dans les secteurs classiques. Il a en effet été considéré que du fait de la possibilité d'utiliser librement la procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux, il n'était pas nécessaire de prévoir en outre le dialogue compétitif dans ces secteurs.³⁹

À la suite de la directive 2014/25, la loi du 17 juin 2016 prévoit désormais que le dialogue compétitif peut être utilisé aussi dans les secteurs spéciaux.⁴⁰ La principale différence entre les deux secteurs est que le dialogue compétitif peut être utilisé librement dans les secteurs spéciaux, tandis que dans les secteurs classiques, il ne peut être utilisé que dans les cas limitativement énumérés par la loi (et qui ont été alignés sur les hypothèses de recours à la procédure

33 Art. 117 de la loi du 17 juin 2016.

34 Art. 38 de la loi du 17 juin 2016.

35 E. VAN NUFFEL, "La nouvelle réglementation européenne des marchés publics est publiée au Journal officiel de l'Union européenne", *J.T.*, 2014, p. 284; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, p. 205.

36 Art. 38, §§ 5 à 9 de la loi du 17 juin 2016.

37 Art. 120, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

38 Art. 2, 28°, de la loi du 17 juin 2016.

39 P. FLAMEY et B. VAN WEERDT, *op. cit.*, pp. 163-164; C. MACZKOVICS et K. MICLOTTE, « The New Utilities Public Procurement Directive: a tool to foster competition among suppliers for efficient purchasing? », *R.D.I.R.*, 2015/3, p. 324.

40 Art. 117, § 1^{er}, et 121 de la loi du 17 juin 2016.

concurrentielle avec négociations).⁴¹ Une autre différence (mineure) concerne les délais minimaux pour la réception des demandes de participation, qui sont plus souples dans les secteurs spéciaux.⁴²

2.2.3 Procédure négociée sans publicité

26. Tant dans les secteurs classiques que spéciaux, la procédure négociée sans publicité⁴³ ne peut être utilisée que dans les cas limitativement énumérés par la loi. Ces hypothèses sont largement similaires entre les deux secteurs.⁴⁴

Une hypothèse qui concernait jusqu'à présent uniquement les secteurs spéciaux pourrait même à l'avenir être étendue par le Roi aux secteurs classiques (sous le seuils européens): il s'agit du cas des achats d'opportunité, c'est-à-dire de l'occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour laquelle le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.⁴⁵

27. La loi du 17 juin 2016 confirme par ailleurs la possibilité de conclure certains marchés de faible montant par simple facture acceptée. Le seuil était jusqu'à présent plus élevé dans les secteurs spéciaux (17.000 euros⁴⁶) que dans les secteurs classiques (8.500 euros⁴⁷). La loi du 17 juin 2016 aligne désormais sur 30.000 euros le seuil applicable aux deux secteurs.⁴⁸

2.3 Publicité

28. Dans les secteurs spéciaux, l'appel à la concurrence peut être organisé de quatre façons⁴⁹:

- un avis périodique indicatif (valant avis de marché): les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à la suite de la publication de l'avis périodique indicatif sont ultérieurement invités à confirmer leur intérêt par écrit et à remettre une offre⁵⁰;
- un avis sur l'existence d'un système de qualification: les opérateurs sont qualifiés selon une procédure et des critères objectifs et l'entité adjudicatrice sélectionne ensuite parmi les opérateurs qualifiés ceux qu'elle invite à participer à une procédure restreinte ou une procédure négociée⁵¹; de nou-

41 Art. 39, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

42 Art. 121, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016; exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 172.

43 Désormais appelée "procédure négociée sans publication préalable" dans secteurs classiques (art. 42 de la loi du 17 juin 2016) et "procédure négociée sans mise en concurrence préalable" dans les secteurs spéciaux (art. 124 de la loi du 17 juin 2016).

44 P. FLAMEY et B. VAN WEERDT, *op. cit.*, pp. 162-163.

45 Art. 42, § 1^{er}, dernier alinéa, de la loi du 17 juin 2016.

46 Art. 104, § 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

47 Art. 105, § 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

48 Art. 92 et 162 de la loi du 17 juin 2016.

49 Art. 117, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

50 Art. 146, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

51 Art. 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016.

veaux opérateurs peuvent à tout moment demander à être qualifiés pendant la durée de validité du système de qualification⁵²;

- un avis relatif à l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés (uniquement en dessous des seuils européens) : cette liste (fermée) est valable pendant 3 ans maximum⁵³;
- un avis de marché.

Dans les secteurs classiques, l'appel à la concurrence est en principe organisé au moyen d'un avis de marché. Ce n'est que sous les seuils européens que l'usage d'un système de qualification ou d'une liste de candidats sélectionnés est autorisé.⁵⁴ En outre, au contraire de l'avis périodique indicatif des secteurs spéciaux, l'avis de préinformation des secteurs classiques ne peut jamais être utilisé comme un avis de marché.⁵⁵

29. L'avis périodique indicatif (valant avis de marché) et le système de qualification permettent aux entités adjudicatrices de se dispenser de la publication d'un avis à chaque marché : l'avis périodique indicatif permet de couvrir des marchés sur une période de 12 mois maximum⁵⁶ et le système de qualification n'est soumis à aucune limite de durée.⁵⁷

30. La souplesse dont bénéficient à cet égard les entités adjudicatrices doit néanmoins être relativisée. S'agissant des avis périodiques indicatifs, la consultation du *Journal européen* montre que les entités adjudicatrices n'en font qu'un usage modéré⁵⁸ et souvent dans des circonstances où un avis de marché ordinaire aurait été tout aussi satisfaisant.

31. Quant au système de qualification, si les pouvoirs adjudicateurs des secteurs classiques ne peuvent certes pas y avoir recours au-dessus des seuils européens, ils peuvent en retrouver certains des avantages via la technique de l'accord-cadre conclu avec plusieurs participants.

Comme le système de qualification, l'accord-cadre conclu avec plusieurs participants permet en effet de constituer un « *pool* » d'opérateurs qualifiés. Pendant toute la durée d'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur attribue des contrats aux membres de l'accord-cadre, selon un formalisme réduit (par exemple un système de « cascade » ou une remise en concurrence simplifiée⁵⁹).

52 Art. 148, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

53 Art. 141 de la loi du 17 juin 2016.

54 Art. 41 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. L'art. 66, § 4, de la loi du 17 juin 2016 habilite également le Roi à autoriser le système de qualification et la liste de candidats sélectionnés en dessous des seuils européens.

55 Art. 60 de la loi du 17 juin 2016.

56 Art. 60 de la loi du 17 juin 2016.

57 Sous la loi du 17 juin 2016, l'obligation de republier annuellement l'avis relatif à un système de qualification d'une durée de plus de 3 ans a même été supprimée.

58 En Belgique, nous en avons compté environ 10 par an.

59 N. FRANÇOIS et M. BELMESSIERI, « Les procédures 'originales' dans la nouvelle réglementation des marchés publics : les concours de projets, les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamique et les enchères électroniques », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, pp. 342-348 ; art. 43, § 6 et 125, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

L'accord-cadre avec plusieurs opérateurs diffère cependant du système de qualification à plusieurs égards, qui peuvent être résumés comme suit :

Système de qualification	Accord-cadre (avec plusieurs opérateurs)
Le système de qualification n'est <u>pas un contrat</u> ; il s'agit uniquement d'une liste d'opérateurs pré-approuvés, éventuellement divisée en fonction du type de marché ⁶⁰	L'accord-cadre est un <u>contrat</u> ; les marchés conclus pendant la durée de l'accord-cadre doivent s'inscrire dans l'objet de celui-ci et ne peuvent pas en modifier substantiellement les termes ⁶¹
Pas de durée maximale	En principe, durée maximale de 4 ans (secteurs classiques) ou 8 ans (secteurs spéciaux) ⁶²
Un classement des opérateurs qualifiés n'est en principe pas requis	Un classement est établi en vue de désigner les membres de l'accord-cadre; ce classement peut ensuite être utilisé pour l'attribution des marchés subséquents (système de la « cascade »)
Lors d'un besoin particulier, l'entité adjudicatrice <u>choisit</u> parmi les membres qualifiés ceux qu'elle invite à participer à une procédure restreinte ou une procédure négociée	Pour chaque marché subséquent, en cas de remise en concurrence, l'autorité consulte <u>tous</u> les participants « capables » ⁶³ de l'accord-cadre et les invite à remettre offre selon une procédure simplifiée
Système <u>ouvert</u> : de nouveaux opérateurs peuvent à tout moment demander à être qualifiés pendant la durée de validité du système de qualification	Système <u>fermé</u> : les membres de l'accord-cadre ne changent pas pendant la durée de celui-ci ⁶⁴
Un délai d'attente doit être respecté après l'attribution d'un marché	Pas de délai d'attente après l'attribution d'un marché fondé sur l'accord-cadre ⁶⁵

Il ressort du tableau qui précède que si l'accord-cadre est sous certains aspects plus contraignant que le système de qualification (objet plus précisément déterminé; obligation de consulter tous les participants; système fermé; durée limitée), il offre néanmoins un cadre juridique clair et stable tant pour l'autorité

60 Art. 148, § 4, de la loi du 17 juin 2016.

61 Art. 43, § 2, de la loi du 17 juin 2016. Cette exigence n'est pas explicitement reprise dans les secteurs spéciaux (art. 125 de la loi du 17 juin 2016), mais s'applique nécessairement en vertu des principes d'égalité et de transparence (N. FRANÇOIS et M. BELMESSIERI, *op. cit.*, p. 350).

62 Art. 43, § 2, et art. 125, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 (sous la loi du 15 juin 2006, aucune limite de durée n'est fixée) pour les secteurs spéciaux.

63 N. FRANÇOIS et M. BELMESSIERI, *op. cit.*, p. 344.

64 V. OST et M. VANDERSTRAETEN, "Les centrales d'achats et de marchés", in *La réforme des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 300-301 et les références citées.

65 Art. 12, 3^e, de 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.

(qui n'a qu'à appliquer, selon un formalisme réduit, les termes de l'accord-cadre) que pour les opérateurs (qui peuvent aisément anticiper comment les marchés seront attribués pendant la durée de l'accord-cadre).

2.4 Qualification et sélection qualitative

32. Dans les secteurs classiques, la sélection qualitative doit s'opérer sur la base des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la loi.⁶⁶ Le pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer d'autres critères de sélection que ceux ayant trait à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière et/ou aux capacités techniques et professionnelles.⁶⁷

33. Dans les secteurs spéciaux, il est uniquement prévu, s'agissant des critères de sélection, que « L'entité adjudicatrice peut établir des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats ».⁶⁸ La même règle vaut pour les systèmes de qualification.⁶⁹

Or, ces « règles et critères objectifs » peuvent, mais ne doivent pas nécessairement correspondre aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection envisagés par la loi dans les secteurs spéciaux.⁷⁰ Ce n'est que lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur qu'elle doit inclure les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs du titre 2.⁷¹

Les entités adjudicatrices disposent donc d'une large marge d'appréciation en vue de déterminer les règles et critères d'exclusion et de sélection de leurs marchés. Elles peuvent notamment prévoir des critères liés à la confidentialité des secrets d'affaires ou à la continuité des entreprises.⁷² Dans la plupart des cas néanmoins, l'on constate que les entités adjudicatrices font usage de critères identiques à ceux utilisés par les pouvoirs adjudicateurs des secteurs classiques.

2.5 Protection juridictionnelle

34. Au niveau européen, deux directives distinctes ont été adoptées en matière de protection juridictionnelle :

- la directive 89/665/CEE⁷³ dans les secteurs classiques ;
- la directive 92/13/CEE⁷⁴ dans les secteurs spéciaux.

66 Art. 66, § 1^{er}, 2^e, de la loi du 17 juin 2016.

67 Art. 71 de la loi du 17 juin 2016.

68 Art. 149 de la loi du 17 juin 2016.

69 Art. 148, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

70 Art. 151 de la loi du 17 juin 2016.

71 Art. 151, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

72 D. D'HOOGHE et E. CLYMAN, *op. cit.*, p. 357. Voy. toutefois, à propos de l'incertitude qui entoure la notion de « règles et critères objectifs », S. ARROWSMITH and C. MAUND, « CSR in the Utilities Sector and the Implications of EC Procurement Policy: A framework for Debate », in *Social and Environmental Politics in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge, CUP, 2009, p. 436.

73 Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE et par la directive 2014/23/UE.

74 Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les

En droit belge, la transposition de ces deux directives se trouve actuellement dans 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.

35. La loi du 17 juin 2013 ne fait quasiment aucune distinction entre les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Mentionnons cependant deux différences :

- dans les secteurs spéciaux, l'entité adjudicatrice ne doit évidemment pas motiver le recours à la procédure négociée avec publicité ;
- en dessous des seuils européens, la loi du 17 juin 2013 distingue entre deux régimes de motivation et d'information, en fonction du montant de la dépense à approuver. Le seuil est à cet égard plus élevé dans les secteurs spéciaux (170.000 euros) que dans les secteurs classiques (85.000 euros).⁷⁵

Ces différences subsisteront après la récente modification de la loi du 17 juin 2013.⁷⁶

2.6 Exécution du marché

36. Actuellement, les règles générales d'exécution comprises dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont applicables aux secteurs spéciaux « publics » de manière partielle en ce qui concerne les marchés dont la valeur estimée excède 17.000 euros, et totalement au-delà de 30.000 euros.⁷⁷

Le seuil de 17.000 euros est plus élevé que dans les secteurs classiques, où les règles générales d'exécution s'appliquent partiellement dès que le montant estimé du marché excède 8.500 euros.

En outre, les règles générales d'exécution ne s'appliquent pas du tout aux secteurs spéciaux « privés ».

37. Les règles générales d'exécution sont appelées à être modifiées en vue notamment de tenir compte des quelques règles d'exécution comprises dans la directive 2014/25/UE (modifications à un marché en cours, sous-traitance, fin du marché). Les secteurs spéciaux « privés » seront aussi soumis à ces dispositions, mais pas au reste des règles générales d'exécution.⁷⁸

Le seuil des marchés de faible valeur ayant été harmonisé à 30.000 euros pour les secteurs classiques et spéciaux (cf. *supra*), il est probable que les seuils d'ap-

procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE et par la directive 2014/23/UE.

75 Art. 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013.

76 Projet de loi adopté par la Chambre le 26 janvier 2017, *Doc. parl.*, 2016-2017, n° 54-2168/4.

77 Art. 5 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

78 Art. 156, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

plication partielle et totale des règles générales d'exécution seront à l'avenir identiques.

3. Vers un régime unique ?

38. Il ressort du bref aperçu qui précède qu'un certain nombre de différences subsistent entre les secteurs classiques et les secteurs spéciaux. Nous avons cependant attiré l'attention sur le caractère mineur de certaines divergences et nuancé la souplesse accrue dont bénéficient les entités adjudicatrices. Nous n'avons par ailleurs pas énuméré les multiples règles qui sont (quasi) identiques dans les deux secteurs (lots, options, variantes, critères d'attribution, centrales d'achat, marchés conjoints, etc.).

39. D'autres auteurs ont par le passé dressé un constat similaire d'« unité dans la diversité »⁷⁹, en regrettant la complexité et le manque de lisibilité qui en découlent.⁸⁰ Ce grief est d'autant plus fondé aujourd'hui qu'une directive « concessions » (2014/23/UE) est venue s'ajouter aux directives « secteurs classiques » (2014/24/UE), « secteurs spéciaux » (2014/25/UE), « défense » (2009/81/CE) et aux deux directives « recours » (89/665/CEE et 92/13/CEE).

40. Partant du souhait exprimé par la Commission européenne, avant l'adoption des directives de 2014, de simplifier et rendre plus flexibles les règles de passation des marchés publics⁸¹, le Professeur ARROWSMITH a émis la suggestion de fusionner les directives relatives à la passation des marchés publics en un seul instrument, basé sur les règles de la directive « secteurs spéciaux ». Elle propose également qu'une seule directive « recours » régie la motivation, l'information et les recours en matière de marchés publics.⁸²

41. Comme l'observe à juste titre cet auteur, une telle fusion emporterait une simplification considérable du cadre réglementaire. Elle permettrait également de faire profiter les pouvoirs adjudicateurs de certains outils actuellement réservés (en tous cas au-dessus des seuils) aux secteurs spéciaux.

L'usage dans les secteurs classiques de la procédure négociée avec publicité et du dialogue compétitif n'est, sous le régime de la loi du 17 juin 2016, déjà plus taboue.⁸³ En faire des procédures ordinaires dans les secteurs classiques aurait notamment pour avantage de mettre fin à l'incertitude qui entoure actuellement certaines des hypothèses de recours à la procédure négociée avec publicité. Du reste, la négociation dans les secteurs classiques ne présente à notre avis pas de danger particulier, dès lors qu'elle s'accompagne d'une publicité officielle et que le processus de négociation est suffisamment encadré par la loi et les documents du marché.

79 P. FLAMEY et B. VAN WEERDT, *op. cit.*, spéc. p. 168.

80 D. D'HOOGHE et E. CLYMAN, *op. cit.*, p. 359.

81 Communication de la Commission du 27 octobre 2010, Vers un Acte pour le Marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive, COM (2010) 608, p. 16.

82 S. ARROWSMITH, « Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility », *P.P.L.R.*, pp. 71-82.

83 P. FLAMEY et B. VAN WEERDT, *op. cit.*, p. 168 et note infrapaginale 112.

La même remarque vaut pour le système de qualification, qui constitue un processus transparent et réglementé dont la transposition dans les secteurs classiques serait souhaitable. Le législateur belge s'est d'ailleurs déjà engagé dans cette voie en autorisant ce système sous les seuils européens.

42. Certes, l'unification des directives supposerait de régler le problème des seuils européens, qui varient actuellement selon les secteurs. Un nivellement des seuils vers le haut est improbable, dès lors que ces seuils tirent leur origine des règles internationales de l'OMC. L'harmonisation des seuils à la baisse devrait donc être privilégiée, avec pour effet que davantage de contrats seraient soumis aux règles européennes.⁸⁴ Cette conséquence peut néanmoins être considérée comme négligeable, dès lors que la plupart des États membres ont en tout état de cause édicté, en dessous des seuils européens, des règles de passation similaires à celles qui prévalent au-dessus de ces seuils.

En Belgique, la baisse des seuils serait en revanche préjudiciable pour les secteurs spéciaux «privés», et en particulier pour les personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs (qui ne sont soumis aux règles du titre 3 de la loi du 17 juin 2016 que pour leurs marchés atteignant les seuils européens). Rien n'empêche cependant, au sein d'une nouvelle directive unifiée, d'aménager un statut spécifique pour ces entreprises privées. Plus fondamentalement, l'opportunité d'inclure ces entreprises privées dans la réglementation européenne des marchés publics pourrait être discutée.⁸⁵

43. À mesure que les règles des secteurs classiques deviennent plus «flexibles», et que les secteurs spéciaux perdent quant à eux leur spécificité, l'unification suggérée ci-dessus nous paraît réaliste et souhaitable. Une certaine harmonie se substituerait ainsi aux actuelles variations sur un même thème.

84 S. ARROWSMITH, «Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility», p. 77; de manière générale, sur l'opportunité d'abaisser les seuils européens: P. TELLES, «The Good, the Bad, and the Ugly: the EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds, and Cross-Border Interest», *Public Contract Law Journal*, 2013, 43/1, pp. 3-27.

85 S. ARROWSMITH, «Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility», p. 76.

