

ÉLABORATION ET EFFECTIVITÉ DES CONDITIONS RELATIVES À LA COMMANDE PUBLIQUE AU SEIN DES MÉCANISMES DE SUBVENTION

1. Il n'est pas rare que l'octroi d'une subvention soit conditionné au respect de différentes exigences en lien avec la commande publique et, plus particulièrement, avec les marchés publics, sur lesquels nous concentrerons notre étude.

S'assurer du respect de la réglementation relative aux marchés publics est un moyen de renforcer l'effectivité de ladite réglementation et de s'assurer du bon usage des finances publiques. Ces clauses peuvent prendre différentes formes, allant d'une exigence générale du respect de la réglementation en matière de marchés publics à des exigences plus spécifiques concernant la procédure ou la rédaction du cahier spécial des charges lui-même ou concernant le délai dans lequel le marché doit être attribué ou exécuté.

Dans la présente contribution, nous étudierons les contraintes juridiques qui entourent l'élaboration de telles conditions de subvention, ainsi que leur effectivité en termes de contrôle et les conséquences concrètes qui peuvent découler de leur non-respect. Afin de pouvoir examiner plus concrètement les principaux types de clauses qui sont habituellement insérées en tant que conditions d'octroi et de maintien d'une subvention (Chapitre III), il importe de rappeler le cadre général dans lequel s'inscrit l'adoption de telles clauses (Chapitre I), ainsi que les contraintes juridiques plus spécifiques qui entourent celle-ci (Chapitre II)¹.

Chapitre I. Cadre général

2. Nous commencerons par un bref rappel général des deux concepts qui sont au cœur de cette contribution, à savoir les subventions (Section 1) et les marchés publics (Section 2).

Section 1. Les subventions

3. D. Renders, T. Bombois, L. Vansnick définissent la subvention comme étant une « *[a]ide financière publique, qui prend la forme d'un décaissement accompli d'une manière définitive si le bénéficiaire – personne publique ou privée – exécute les obligations qui lui sont imposées en contrepartie, lesquelles prennent, au premier chef, la forme d'une action, généralement à venir, initiée par la personne subsidiaire, jugée digne d'intérêt public, et dont le résultat n'entre pas dans le patrimoine propre de la personne subsidiaire, ne participe pas à l'accomplissement du service public dont cette personne a la charge ou n'est pas nécessaire à son fonctionnement* »²⁻³.

¹ L'ensemble des arrêts et avis du Conseil d'État cités dans le cadre de la présente contribution peuvent être consultés sur le site internet du Conseil d'État : <http://www.raadvst-consetat.be>.

² D. RENDERS, T. BOMBOIS, L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 11.

³ Sur la notion de subvention et sa distinction avec la notion de « marché public », voy. M. VANDERSTRAETEN, « marchés publics et subventions : la minima divisio ? » in CH.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN ET M. VILAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics. Réflexions sur les limites du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics*,

Ces auteurs précisent que l'intérêt public se distingue de l'intérêt général dans la mesure où l'intérêt général regarde l'intérêt de « *tous les membres d'une collectivité* », tandis que l'intérêt public ne fait que « *transcender l'intérêt particulier de celui qui réalise l'action ou – ce qui revient au même – de profiter à la collectivité* »⁴.

Sous l'angle de l'autorité publique, l'intérêt de l'outil que représente la subvention est d'influer sur la vie économique et sociale tout en bénéficiant des atouts et du dynamisme des bénéficiaires de la subvention.

Le Conseil d'État rappelle régulièrement qu'une subvention ne peut pas être fixée par le seul effet d'un contrat, en vertu du principe d'égalité qui interdit que des aides publiques soient octroyées par la simple volonté unilatérale d'une autorité qui s'engagerait avec le cocontractant de son choix⁵. Aussi, l'institutionnalisation de toute subvention nécessite une intervention législative. Il est cependant possible de matérialiser la relation entre le subsidiant et le subsidiaire par un contrat⁶.

4. Chaque pouvoir public est compétent pour établir des subventions dans les limites de la sphère de ses compétences.

Selon les règles du fédéralisme financier en vigueur en Belgique⁷, les pouvoirs dont sont investies l'autorité fédérale, les communautés ou les régions pour effectuer des dépenses dans le cadre de leurs politiques publiques ou sous la forme de subventions octroyées à des personnes publiques ou privées sont subordonnés à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés, sous la réserve des exceptions éventuelles prévues par la Constitution

Larcier, 2020, p. 238-255 ; C. DUBOIS, « Marchés publics et Subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État » in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, 1^e édition, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 517-518 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS, L. VANSNICK, *op cit.*, p. 61-64 ; Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL, M. VASTMANS, « Le nouveau droit des marchés publics en Belgique », p. 21-26.

Voy. également C.J.U.E., C-28/23, Conclusions de l'avocat général M. MANUEL CAMPOS SANCHEZ BORDONA, 11 avril 2024, § 81 : « *Un contrat de subvention et une promesse d'achat, conclus entre un organe de l'État et une entreprise privée, dans le cadre desquels, respectivement, des fonds publics sont octroyés à cette dernière en vue de la construction d'une infrastructure sportive et une option unilatérale pour vendre cette infrastructure à l'État lui est reconnue, ne sauraient être qualifiés de marché public de travaux s'il n'en résulte pas une obligation dont l'exécution peut être réclamée en justice en vue de l'acquisition de l'infrastructure par l'État et si ce dernier ne retire pas un avantage économique direct ou n'a pas influencé de manière décisive le projet de l'ouvrage* ».

⁴ D. RENDERS, T. BOMBOIS, L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, p. 67.

⁵ S.L.C.E., avis n° 45.364 donné le 19 novembre 2008 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'fixant les conditions d'agrément et organisant les guichets de l'énergie' ; S.L.C.E., avis n° 64.419/2 donné le 7 novembre 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 6 décembre 2018 'fixant les modalités et les conditions d'octroi du subside visé à l'article 3ter de la loi du 8 juillet 1964 relative à l'aide médicale urgente' ; S.L.C.E., avis n° 65.548/4 donné le 17 avril 2019 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 3 mai 2019 'relatif à la lutte contre les violences faites aux femmes'.

⁶ Pour un exemple concret et les conséquences pratiques qui en découlent, voy. C.E., 19 mars 2007, n° 169.066, *SCRL Services Promotion Initiatives en Province de Liège, en abrégé SPI+*.

⁷ Sur cette question, voir C.C., 23 mars 2005, n° 63/2005, selon lequel la fixation des moyens financiers d'une politique relève de l'acte de régler la matière concernée par cette politique, avec cette conséquence que chaque autorité ne peut financer que les politiques qui ressortissent à ses propres compétences sauf si une loi spéciale en dispose autrement (B.4 à B.6 et B.11). Dans le même sens, voy. C.C., 30 juin 2014, n° 097/2014, ou C.C., 1^{er} janvier 2016, n° 154/2016.

ou les lois de réformes institutionnelles⁸. Sur les limites qu'impose cependant la répartition des compétences lors de la définition des conditions de subventionnement, voyez *infra* n° 9 à 15.

Attention toutefois au fait que c'est le législateur fédéral qui est compétent pour adopter les dispositions générales concernant le contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions⁹⁻¹⁰. Les communautés et les régions sont uniquement compétentes pour prévoir des règles plus strictes ou pour modaliser les règles de remboursement des subventions en cas de non-respect de leurs finalités ou de leurs conditions d'octroi. Le cas échéant, elles peuvent préciser les éléments qui permettent de considérer qu'une condition de subventionnement n'est pas respectée¹¹⁻¹².

L'on notera que certaines personnes morales de droit public¹³ ont également le droit d'octroyer des subventions dans le cadre de politiques communautaires ou régionales et d'en contrôler l'emploi, telles que l'Institut du Patrimoine wallon ou les établissements d'enseignement supérieur par exemple.

Les communes, les provinces ou les intercommunales peuvent également organiser des régimes de subventions. Elles seront en général guidées par l'intérêt communal ou provincial mais pourront aussi, le cas échéant (bien que plus rarement), être mandatées en ce sens par les régions ou les communautés afin de participer à la mise en œuvre d'une politique régionale ou communautaire.

⁸ Parmi de nombreux avis en ce sens, voy. par exemple S.L.C.E., avis n° 67.278/4 donné le 27 avril 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française de pouvoirs spéciaux n° 8 du 7 mai 2020 'relatif au soutien des hôpitaux universitaires dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19'; S.L.C.E., avis n° 59.228/2/VR donné le 10 mai 2016 sur un avant-projet devenu le décret du 13 juillet 2016 'portant financement de l'entretien et de l'équipement des infrastructures hospitalières universitaires'.

⁹ En vertu de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des communautés et régions', art. 50, § 2, al. 3.

¹⁰ Les règles générales de contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions sont prévues par les articles 11 à 14 de la loi du 16 mai 2003 'fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes' et par les articles 121 à 124 de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État'.

¹¹ Les communautés et les régions ont également adopté une législation générale propre qui renvoie aux articles 11 à 14 de la loi du 16 mai 2003 précitée. Voy. les articles 92 à 95 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale du 23 février 2006 'organique portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle'; Les articles 57 à 62 du décret de la Communauté française du 20 décembre 2011 'portant organisation du budget et de la comptabilité des Services du Gouvernement de la Communauté française'; les articles 57 à 62 du décret de la Région wallonne du 15 décembre 2011 'portant organisation du budget, de la comptabilité et du rapportage des unités d'administration publique wallonnes'; l'article 94 du décret de la Commission communautaire française du 24 avril 2014 'portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle des services administratifs de la Commission communautaire française et des organismes administratifs publics qui en dépendent'; les articles 83 à 86 de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 21 novembre 2006 'portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle'; l'article 76 du décret du 29 mars 2019 'relatif au Code flamand des Finances publiques'.

¹² Voy. par exemple l'article VII.31 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 21 décembre 2023 'portant exécution du Code de la justice communautaire', adopté en exécution de l'article VII.49 du Code de la justice communautaire.

¹³ La création d'une personne morale de droit public sera soumise au principe de légalité imposé par l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (qui est appliqué par analogie aux personnes morales de droit public créées par le législateur fédéral. Voy. S.L.C.E., avis n° 61.162/4 donné le 26 avril 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 23 novembre 2017 'portant modification du nom de la Coopération technique belge et définition des missions et du fonctionnement de Enabel, Agence belge de Développement'). La possibilité d'octroyer des subvention devra donc être instaurée par le texte législatif définissant les missions de la personne morale de droit public.

Section 2. Les marchés publics

5. Les marchés publics sont régis par la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’¹⁴ et ses arrêtés d’exécution, qui assurent la transposition de la directive 2014/24/UE¹⁵.

L’article 2, 17°, de cette loi définit la notion de « marché public » comme étant « le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l’exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ».

L’attribution et l’exécution des marchés publics sont soumis, en vertu de la loi du 17 juin 2016, à un certain formalisme, justifié par les principes de concurrence, d’égalité entre les soumissionnaires et de transparence. L’adjudicateur sera notamment tenu d’adopter un cahier spécial des charges qui définira, entre autres, les spécifications techniques du marché, ainsi que les conditions de sélection des soumissionnaire et les conditions d’attribution et d’exécution du marché, dans les limites autorisées par la loi du 17 juin 2016.

6. La loi du 17 juin 2016 a été adoptée par le législateur fédéral en vertu de la compétence qui lui est reconnue en la matière par l’article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 1er, 3 et 4 de la loi spéciale du 8 aout 1980 ‘de réformes institutionnelles’. Pour rappel, cette disposition prévoit ce qui suit :

« Art. 6. § 1er. Les matières visées à l’article 39 de la Constitution sont :

[...]

VI. En ce qui concerne l’économie :

1° La politique économique ;

[...]

En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d’industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l’union économique et de l’unité monétaire, tel qu’il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.

À cette fin, l’autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière :

1° de marchés publics ;

[...] ».

Les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 aout 1988 ‘modifiant la loi spéciale du 8 aout 1980 de réformes institutionnelles’ contiennent, au sujet de cette disposition, les précisions suivantes :

« § 8. En matière économique, ce paragraphe attribue aux Régions la politique économique, les aspects régionaux de la politique du crédit, la politique des débouchés

¹⁴ Ci-après : « la loi du 17 juin 2016 ».

¹⁵ La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ‘sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE’, ci-après : « la directive 2014/24/UE ».

et des exportations, certaines aides en matière agricole, ainsi que les richesses naturelles, sans préjudice du respect par les Régions des éléments constitutifs de l'union économique et de l'unité monétaire.

En matière de politique économique, le présent paragraphe reconnaît aux Régions la compétence de principe, l'État voyant ses compétences attribuées expressément.

[...]

Les trois derniers alinéas du présent paragraphe 8 ont pour but de définir les conditions dans lesquelles les Régions exerceront leur compétence de politique économique. Ces conditions sont prévues afin de garantir l'union économique et l'unité monétaire dont l'autorité nationale a la responsabilité.

La compétence complète, en matière économique, est donnée aux Régions en vertu de l'alinéa 1er de ce paragraphe. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que soient décrites avec grande clarté les matières qui doivent relever de la compétence de l'autorité nationale en vue de la sauvegarde de l'union économique et de l'unité monétaire. Ces compétences nationales doivent être considérées comme des exceptions par rapport aux compétences des Régions en matière économique. À ce titre, elles doivent être interprétées restrictivement.

[...]

La sauvegarde de l'union économique et celle de l'unité monétaire passent également par le respect des normes en matière de marchés publics [...]. Ces normes restent de la compétence de l'autorité nationale. En ces matières, l'autorité nationale a la compétence de déterminer les grands principes par des règles organiques (le cadre général). L'autorité nationale et les Régions sont tenues de respecter le cadre normatif général ainsi déterminé. Toutefois, les Régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale.

[...]»¹⁶.

Ces règles répartitrices de compétence ont été rappelées par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 9/2011 du 27 janvier 2011 dans les termes suivants :

« B.3.4. En matière de marchés publics, contrairement à ce qui s'applique aux matières énumérées à l'alinéa 5 de l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale précitée, pour lesquelles l'autorité fédérale a une compétence exclusive, sa compétence est limitée à la fixation de règles générales, avec comme seul objectif de garantir les principes énumérés à l'alinéa 3 de cet article.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, par 'règles générales en matière de marchés publics', on entend les principes qui sont contenus ou concrétisés dans :

- la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;*
- l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;*
- l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;*
- la réglementation en matière d'agrégation des entrepreneurs (Doc. parl., Chambre, S.E., 1988, n° 516/6, pp. 126-127).*

¹⁶ *Projet de loi spéciale du 8 août 1988 'modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles', Doc. parl., Ch., S.E. 1988, n° 516/1, pp. 7 à 10. L'article 4, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1988, auquel se rapporte le commentaire cité, a remplacé l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.*

Les mêmes travaux préparatoires indiquent que les Régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, 'afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale' (Doc. parl. Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 10). [...]».

Il convient bien sûr d'actualiser les législations et réglementations qui sont ainsi citées par la Cour constitutionnelle. Les « règles générales » des marchés publics sont aujourd'hui contenues au sein de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions', de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' et de la loi du 20 mars 1991 'organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux', ainsi que de leurs arrêtés d'exécution¹⁷.

7. C'est donc l'autorité fédérale qui est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics¹⁸⁻¹⁹, par dérogation à la compétence de principe reconnue aux régions en matière économique. Les régions – et seules ces dernières²⁰ – sont, quant à elles, compétentes pour établir des règles complémentaires à ces règles générales²¹.

En pratique, la compétence de l'autorité fédérale de fixer des règles générales est interprétée très largement. Les entités fédérées ont tenté d'adopter des législations visant à imposer de manière transversale, lors de la passation de marchés publics par des entités qui relèvent de leur

¹⁷ Notamment l'arrêté royal du 18 juin 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ou l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics'.

¹⁸ Nonobstant la compétence des régions en matière environnementale, il est admis que les « marchés publics » constituent une matière en soi et que c'est le législateur fédéral qui est compétent pour transposer des directives ayant un impact environnemental lié aux marchés publics (objectifs en matière de véhicules de transport routier « propres ») (voy. S.L.C.E., avis n° 71.176/1 donné le 18 mars 2022 sur des amendements à un projet devenu la loi du 18 mai 2022 'modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession').

¹⁹ Comme le relevait la section de législation du Conseil d'État dans son avis 58.623/1 donné le 27 janvier 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', on peut considérer que la notion de « marchés publics » visée à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, 1°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, englobe aussi les contrats de concession réglés par le projet. En effet, les deux figures de droit sont très proches et portent toutes deux sur l'acquisition de travaux, de biens et de services par des autorités et pouvoirs adjudicateurs.

²⁰ La section de législation du Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les communautés ne sont, pour leur part, pas compétentes pour adopter des règles complémentaires en matière de marchés publics. Voy. S.L.C.E., avis 36.162/2 donné le 21 janvier 2004 sur une proposition devenue le décret spécial de la Communauté germanophone du 21 février 2005 'portant création d'une haute école autonome' ; S.L.C.E., avis 64.482/VR donné le 27 novembre 2018 sur un avant-projet de décret de la Communauté française 'visant à promouvoir la passation de marchés publics durables dans le cadre des politiques de la Communauté française'.

²¹ Voy. notamment sur cette question S.L.C.E., avis 38.703/1/V donné le 6 septembre 2005 sur un avant-projet devenu la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services', ainsi que la loi du 16 juin 2006 'relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services'. Il est à noter que cet avis évoque erronément « la compétence des communautés et des régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leurs compétences ». Seules les régions sont en effet compétentes pour fixer des règles complémentaires. Voy. également S.L.C.E., avis n° 53.307/VR et 53.308/VR donnés le 13 juin 2013 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale 'relative à l'inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics' ; S.L.C.E., n° 71.176/1 donné le 18 mars 2022 sur des amendements à un projet devenu la loi du 18 mai 2022 'modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession'.

compétence, des spécifications techniques du marché²² ou certaines conditions d'exécution de celui-ci²³ ou à imposer le recours systématique à des clauses sociales, éthiques ou environnementales²⁴. Ces législations ont cependant été qualifiées de « règles générales » en matière de marchés publics et considérées, par la section de législation du Conseil d'État, comme étant attentatoires aux règles répartitrices de compétences²⁵. Les avis rendus soulignent notamment que, ce faisant, le législateur décréto ou ordonnanciel apporte une restriction à l'autonomie que les règles générales établies par l'autorité fédérale reconnaissent aux adjudicateurs lors de l'élaboration des documents du marché (choix de la procédure de passation, choix des spécifications techniques au vu de l'objet du marché, choix des critères d'attribution ou de sélection au vu de l'objet du marché, etc.).

Il faut, en outre, constater que la législation en matière de marchés publics se prête difficilement à un règlement différencié, de telle sorte que l'invocation des pouvoirs implicites²⁶ par les entités fédérées est difficilement envisageable²⁷.

Tout autre est cependant la question d'une obligation de prévoir des clauses spécifiques dans les documents du marché à titre de condition d'octroi et de maintien d'une subvention particulière, dès lors qu'une telle exigence s'inscrit alors dans le cadre spécifique de la subvention et de la politique d'intérêt général poursuivie par le biais de celle-ci (voy. *infra* n° 9 à 12).

²² S.L.C.E., avis 35.227/2 donné le 28 mai 2003 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française 'relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française'; S.L.C.E., avis 36.409/2 donné le 26 janvier 2004 sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale 'concernant l'usage de standards ouverts et de logiciels libres dans les administrations régionales de la Région de Bruxelles-Capitale'; S.L.C.E., avis 44.198/2 donné le 7 juillet 2008 sur une proposition de décret de la Région wallonne 'visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux'.

²³ Voy. notamment S.L.C.E., avis 48.207/4 donné le 1^{er} juin 2010 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets et le Livre 1^{er} du Code de l'environnement'.

²⁴ S.L.C.E., avis 64.482/VR donné le 27 novembre 2018 sur un avant-projet de décret de la Communauté française 'visant à promouvoir la passation de marchés publics durables dans le cadre des politiques de la Communauté française'.

²⁵ S.L.C.E., avis n° 53.307/VR et 53.308/VR donnés le 13 juin 2013 sur une proposition devenue l'ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale du 8 mai 2014 'relative à l'inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics'.

²⁶ Voy. notamment Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 747-756; P. LAGASSE, et M. RUYS, « Le principe de légalité et les pouvoirs implicites » in L. DETROUX, et al. (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 323-342.

²⁷ Dans son arrêt n° 6/96 du 18 janvier 1996, la Cour constitutionnelle observe ainsi que : « B.2.6. L'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 a supprimé la possibilité prévue précédemment au paragraphe 2 de l'article 12 de la loi du 14 juillet 1976 de déroger, dans une adjudication, à la règle de l'attribution au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, une telle disposition étant, selon l'exposé des motifs, incompatible avec les directives européennes (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656-1, p. 24). La nouvelle règle a pour effet que la matière des adjudications qu'elle régit ne se prête plus à un règlement différencié ».

Dans ses avis n° 53.307/VR et 53.308/VR précités, la section de législation du Conseil d'État relevait également que : « Un régime dans lequel une région déterminée impose aux pouvoirs adjudicateurs des obligations générales dans le domaine de la soumission de clauses environnementales, éthiques ou sociales en matière de marchés publics n'est pas conforme à cette disposition [article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980]. En effet, cette façon de procéder favorise une différenciation qui se heurte au cadre normatif général, tel qu'il est conçu par le législateur spécial à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 en tant qu'exception à la compétence des régions en matière économique ». Ces avis estiment également que l'exigence de nécessité n'est pas rencontrée.

Chapitre II. Les contraintes encadrant l'adoption des clauses de subventionnement liées à l'application des règles en matière de marchés publics

8. La fixation des conditions d'octroi et de maintien d'une subvention, notamment en lien avec les marchés publics, est encadrée par plusieurs contraintes juridiques. Elle est, en effet, subordonnée au respect de la répartition des compétences que nous avons brièvement évoquée dans le cadre du Chapitre I et dont nous allons examiner plus concrètement les implications (Section 1). La question se pose par ailleurs de savoir si l'objet de la subvention est de nature à restreindre ou influencer sur les possibilités quant au choix des conditions d'octroi ou de maintien de ladite subvention en lien avec les marchés publics (Section 2). Nous nous interrogerons enfin sur l'articulation de telles clauses avec le principe de la liberté d'entreprendre (Section 3).

Section 1. Limites tenant à la compétence de l'entité à l'origine de la subvention

9. Les entités fédérées ne sont autorisées à réglementer les marchés publics que dans les limites rappelées ci-dessus (voy. *supra* n° 5 à 7). Cela étant, elles sont autorisées, au regard de leur compétence en matière de subvention, à imposer aux adjudicateurs, à titre de condition de subventionnement, des exigences spécifiques en matière de marchés publics dans les limites autorisées par la réglementation fédérale en matière de marchés publics²⁸ et moyennant la poursuite d'une politique dont les éléments prépondérants relèvent de leur compétence.

En effet, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la répartition des compétences entre les différentes entités fédérale et fédérées repose sur un système de compétences exclusives qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul législateur. Lorsqu'une réglementation a des liens avec plusieurs attributions de compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée. Les compétences qui ont été attribuées aux communautés et aux régions sont en principe définies en termes de matières et non en termes d'objectifs. Autrement dit, l'objectif qui est poursuivi par l'adoption d'une norme ne peut, en principe, pas déterminer par lui-même si la norme entre dans la sphère de compétence du législateur décentralisé dont elle émane²⁹. Par conséquent, la circonstance que les mesures mises en place par une entité peuvent concourir à la réalisation d'objectifs dont la concrétisation relève de la compétence d'un autre législateur, ne révèle pas comme tel, l'existence d'un excès de compétence dans le chef de ladite entité³⁰.

²⁸ S.L.C.E., avis 64.700/4 donné le 12 décembre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale 'imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissement d'intérêts publics'.

²⁹ Voy. par exemple C.C., 17 décembre 2020, n° 165/2020, B.11.1 et B.11.2. (concernant la réglementation des lieux d'artifices par la Région flamande entendant intervenir en matière de bien-être des animaux).

³⁰ Voy. par exemple C.C., 10 juillet 2008, n° 101/2008, B.10.1 et B.10.2. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a admis que la Région flamande pouvait adopter des mesures ayant pour effet de contribuer à la réalisation d'un objectif poursuivi par la Communauté flamande au titre des compétences communautaires (en l'espèce : l'intégration sociale et professionnelle de certaines personnes), à la condition que les mesures prises par le législateur régional relèvent des compétences régionales (en l'espèce : le logement) et qu'elles ne rendent pas impossible ou exagérément difficile l'exercice, par le législateur communautaire, de ses compétences. Voy. également C.C., 4 mars 2021, n° 38/2021, B.9.1. (concernant les contrats écoles adoptés par la Région de Bruxelles-capitale en invoquant ses compétences en matière de rénovation urbaine).

10. Lors de l'examen de deux projets d'arrêtés du Gouvernement organisant des subventions dont l'octroi et le maintien par la Région wallonne étaient liés à l'insertion de clauses éthiques, sociales et environnementales au sein des marchés publics dont l'objet était subventionné, la section de législation a rappelé ce qui suit :

« Lorsqu'un niveau de pouvoir met en place un régime de subventions dans une matière qui relève – nécessairement – de sa compétence, il peut subordonner l'octroi ou l'utilisation de la subvention au respect de conditions qui permettront de s'assurer que la subvention sera adéquatement et régulièrement employée au mieux, dans le but dans lequel elle est octroyée, et que les deniers publics échoiront, dans ce cadre, et dans le respect de principes qui s'imposent à tous les niveaux de pouvoirs – comme le principe d'égalité – à une personne physique ou morale qui remplit des conditions assurant son intégrité et sa probité, ce qui garantit le bon et sain usage des finances publiques.

Parmi ces conditions figurent celles qui visent à imposer le respect de législations préexistantes, relevant ou pas de la compétence du niveau de pouvoir qui met en place le régime de subventions considéré. Ainsi, à titre d'exemple, rien ne s'oppose en principe à ce que la Région wallonne impose le respect de la législation fédérale en matière de marchés publics, ou des législations fédérales sociales et fiscales, au titre d'octroi d'une subvention relative à un marché de travaux en vue de la construction de logements sociaux.

Par contre, lorsqu'un niveau de pouvoir met en place un régime de subventions dans une matière qui relève – nécessairement toujours – de sa compétence, il ne peut subordonner l'octroi ou l'utilisation de la subvention au respect de conditions – plus spécifiquement la mise en œuvre d'actions – dont le seul et unique objet³¹ est de poursuivre une politique qui constitue une matière relevant de la compétence d'un autre niveau de pouvoir et sans lien avec les compétences de l'auteur de la norme. Il en irait ainsi de conditions par lesquelles la Région wallonne imposerait au bénéficiaire de la subvention de contraindre l'adjudicataire du marché de travaux passé en vue de la construction de logements sociaux, à entreprendre des actions ayant pour objet de poursuivre une politique relevant par exemple de l'enseignement³², de l'art de la scène³³, ou du droit du travail et de la sécurité sociale³⁴. En revanche, rien ne s'oppose à ce que la Région wallonne impose au bénéficiaire de la subvention de contraindre l'adjudicataire du marché de travaux passé en vue de la construction de logements sociaux, à entreprendre des actions ayant pour objet de poursuivre une politique relevant des compétences régionales, comme la protection de l'environnement.

[...]

Mais comme la section de législation l'a rappelé notamment dans l'avis n° 45.703/2 [...] :

³¹ Nous soulignons.

³² Note de bas de page n° 5 de l'avis n° 66.238/4 : Qui relève de la compétence des Communautés Française et germanophone, et de l'autorité fédérale (article 24 de la Constitution).

³³ Note de bas de page n° 6 de l'avis n° 66.238/4 : Qui relève de la compétence des Communautés Française et germanophone (articles 4, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 et de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1983 'de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone')

³⁴ Note de bas de page n° 7 de l'avis n° 66.238/4 : Qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale (article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980).

« De longue date et dans de nombreux avis³⁵, la section de législation a rappelé que la Région wallonne ne peut arrêter des dispositions qui se donnent pour objet de régler, dans un même texte et de manière indissociable, des matières régionales et des matières communautaires. [...] »³⁶.

Il résulte de ce qui précède que le Gouvernement wallon ne peut, en pourvoyant à l'exécution de dispositions décrétales qui relèvent de matières régionales au sens de l'article 134 de la Constitution, imposer que soient menées des actions ayant pour objet de poursuivre une politique relevant d'une des matières visées à l'article 138 de la Constitution, dont l'exercice lui a été transféré.

De même, si la définition des « clauses éthiques » n'apparaît pas très précise, leur portée est sujette à critique en tant que ces clauses doivent permettre de lutter contre des pratiques intentionnelles aboutissant à la violation des droits de travailleurs et à l'exploitation de ceux-ci, questions qui, par nature, sont de nature à englober le droit du travail en ce compris le bien-être au travail, et la sécurité sociale »³⁷.

11. La jurisprudence établit donc une distinction selon, d'une part, que la condition de subventionnement se limite à imposer le respect d'une législation existante relevant, le cas échéant, d'un autre législateur ou, d'autre part, qu'elle vise à imposer une exigence spécifique. Dans la seconde hypothèse, lorsque l'exigence spécifique est instaurée dans le seul et unique but de mener une politique particulière distincte de celle sous-jacente à la subvention – de telle sorte que l'on sort de « l'objectif » pour tomber dans la « matière » –, le législateur devra démontrer, complémentarément à sa compétence en matière de subvention, l'existence d'un lien entre l'objet des clauses imposées et les matières qui relèvent de sa compétence.

³⁵ Note de bas de page n° 1 de l'avis n° 45.703/2 : Voir notamment les avis 24.814/9, donné le 4 mars 1996, sur un avant-projet de décret 'relatif à l'intégration des personnes étrangères ou d'origine étrangère' (Doc. parl., C.R.W., 1995-1996, n° 148/1) ; 25.969/2, donné le 26 mai 1997, sur un avant-projet de décret 'relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la politique de l'emploi ainsi qu'à la reconversion et au recyclage professionnels' (Doc. parl., C.R.W., 1997-1998, nos 319/1 et 320/1) ; 26.254/2, donné le 12 mai 1997, sur un projet de décret 'relatif à l'insertion de demandeurs d'emploi auprès d'employeurs qui organisent une formation permettant d'occuper un poste vacant', (Doc. parl., C.R.W., 1996-1997, n° 258/1) ; 27.082/4, donné le 18 novembre 1997 sur un avant-projet de décret 'portant diverses mesures en matière d'impôts, taxes et redevances, d'aide sociale, de logement, de recherche, d'infrastructures sportives, d'environnement, de pouvoirs locaux et de transports' (Doc. parl., C.R.W., 1997-1998, nos 315/1 et 316/1) ; 27.321/4, donné le 23 mars 1998, sur un avant-projet de décret 'portant réglementation du transport des élèves fréquentant les établissements d'enseignement organisés ou subventionnés par la Communauté française sur le territoire de la région de langue française' (Doc. parl., C.R.W., 1997-1998, n° 373/1). Sur cette problématique, voir, tout récemment, l'avis 44.566/4 et l'avis 44.567/4, donnés le 11 juin 2008, respectivement sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 'relatif au plan de cohésion sociale dans les villes et communes de Wallonie' (Doc. parl., Parl. wall., 2007-2008, n° 837/1, pp. 9 à 15) et sur un avant-projet devenu le décret du 6 novembre 2008 'relatif au plan de cohésion sociale dans les villes et communes de Wallonie, pour ce qui concerne les matières dont l'exercice a été transféré de la Communauté française' (Doc. parl., Parl. wall., 2007-2008, n° 836/1, p. 13).

³⁶ Note de bas de page n° 2 de l'avis n° 45.703/2 : Doc. parl., Parl. wall., 2008-2009, n° 923/1, pp. 15 à 20.

³⁷ S.L.C.E., avis n° 66.238/4 donné le 26 juin 2019 sur un projet d'arrêté rectificatif du Gouvernement wallon 'portant sur l'insertion des clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics subsidiés par la Région wallonne et portant modification de divers arrêtés'. Voy. également S.L.C.E., avis n° 68.163/4 donné le 12 novembre 2020 sur un avant-projet du 3 décembre 2020 'relatif aux subventions octroyées à certains investissements en matière d'infrastructures sportives et abrogeant le décret du 25 février 1999 relatif aux subventions octroyées à certains investissements en matière d'infrastructures sportives'. Ces principes sont également rappelés en matière d'agrément par l'avis 71.738/4, donné le 13 juillet 2022 sur un avant-projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 19 juillet 2022 'modifiant le Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé en ce qui concerne la promotion de la santé, en ce compris la prévention'.

Comme le relevait la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 38/2021, une entité fédérée reste compétente pour adopter des actions et opérations dans des matières qui relèvent de ses compétences ou qui constituent « l'accessoire nécessaire d'actions et d'opérations qui participent à l'exercice de telles compétences »³⁸. Reste à démontrer, le cas échéant, le caractère « d'accessoire nécessaire » des clauses de subventionnement insérées.

12. Les conséquences du non-respect d'une condition de subventionnement en lien avec les marchés publics devront également respecter les limites de la répartition des compétences. L'instauration de sanctions à apporter en cas de non-respect d'une législation relève en effet nécessairement du législateur compétent pour adopter ladite législation et définir la politique à mener en la matière.

La jurisprudence estime cependant habituellement que le remboursement d'une subvention, suite au constat du non-respect de ses conditions d'octroi ou de maintien, n'a pas de finalité répressive et ne constitue dès lors pas une sanction administrative³⁹. Elle considère qu'une telle obligation de remboursement traduit simplement la finalité intrinsèque de la réglementation de subventionnement appliquée, à savoir la réalisation de l'objet d'intérêt public poursuivi par la subvention, en se limitant à mettre un terme à une irrégularité.

Toutefois, la ligne de démarcation entre le fait de tirer les conséquences logiques de la norme au regard de sa finalité et une sanction administrative n'est pas toujours évidente à tracer⁴⁰. La question sera particulièrement épineuse lorsque le législateur lui-même qualifiera de « sanction »⁴¹ le remboursement de la subvention, en raison du non-respect des conditions d'octroi ou de maintien.

³⁸ C.C., 4 mars 2021, n° 38/2021, B.16. (concernant les contrats écoles adoptés par la Région de Bruxelles-capitale en invoquant ses compétences en matière de rénovation urbaine). Sur cette base, la Cour a estimé admissible que la Région wallonne, au vu de ses compétences en matière de rénovation urbaine, subventionne des actions socio-économiques visant à favoriser la cohésion sociale, notamment par la mise à disposition d'équipements collectifs et par l'incitation à la participation des habitants à des activités, dès lors que ces actions ont été jugées nécessaires pour fournir des informations sur les établissements scolaires revalorisés aux habitants du quartier et pour en stimuler l'utilisation par ceux-ci.

³⁹ Voir par exemple C.E., 16 juillet 2021, n° 251.284, XXX c. *État belge* ; C.E., 23 juin 2014, n° 227.800, s.p.r.l. à finalité sociale J.M. HOFF SERVICES (Retrait de l'agrément d'une entreprise d'insertion pour des motifs les plus divers : confusion des activités entre entreprises, non-respect d'obligations en matière de comptabilité, accompagnateurs sociaux insuffisants, obligation en matière de tension salariale, etc.) ; C.E., 27 octobre 2009, n° 197.398, SPRL La Maison du Kebap c. AFSCA ; C.E., 23 avril 2008, n° 182.282, SPRL Haurus@d c. ONEM ; C.E., 23 octobre 2007, n° 176.049, SPRL Adome Services c. État belge.

⁴⁰ Voy. sur cette question TH. BOMBOIS et D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », *op.cit.*, p. 58 à 59 et p. 79 à 81 ; H-D. BOSLY, « Poursuites pénales et application des sanctions administratives », in R. ANDERSEN, D. DÉOM, D. RENDERS, *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 144.

⁴¹ Voy. par exemple le Titre VI « Contrôle et Sanctions » de l'arrêté de la Commission communautaire commune du 7 mai 2009 'déterminant les règles relatives aux différentes formes d'intervention financière de la Commission communautaire commune dans la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement des bâtiments affectés à l'exercice des activités des établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées', qui encadre les règles de récupération de la subvention en cas de non-respect des conditions d'octroi et de maintien. Cet article paraît appliquer les principes de l'article 13 de la loi du 16 mai 2003 'fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes'. Il parle cependant de « d'inraction » et le Titre VI parle de « sanctions ».

Section 2. Limites tenant à l'objet du marché public

13. La question de l'insertion des clauses environnementales, sociales et éthiques au sein des documents d'un marché public a mis en lumière les limites imposées par le droit européen à la liberté de l'adjudicateur quant à la définition des conditions du marché.

Après une lente évolution, la législation⁴² autorise désormais expressément que des clauses sociales, environnementales ou autres puissent être insérées au sein du cahier spécial des charges d'un marché public au titre de spécifications techniques, de conditions d'exécution mais aussi de conditions d'attribution de celui-ci, pour autant qu'elles soient expressément mentionnées au sein des documents du marché, qu'elles respectent les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne et qu'elles soient liées à l'objet du marché, ce qui inclut – et il s'agit là d'une évolution importante – de tous les stades du cycle de vie des travaux, produits ou services, en ce compris le processus de production⁴³. Les critères de sélection pourront également poser certaines exigences sociales, environnementales ou éthiques⁴⁴.

L'on observe cependant qu'un lien avec l'objet du marché est systématiquement requis, ce qui limite, en pratique, la possibilité d'encourager de manière générale et abstraite un comportement éthique, social ou positif d'un point de vue environnemental⁴⁵. Cette exigence découle directement de la législation européenne en matière de marchés publics, qui est guidée par un impératif de concurrence⁴⁶.

Il est vrai que la législation relative aux marchés publics impose aux soumissionnaires certaines contraintes, indépendamment de l'objet du marché. Ainsi le soumissionnaire a l'obligation de respecter et de faire respecter toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail⁴⁷. De même, la possibilité de soumissionner à un marché public est conditionnée à la vérification de l'absence de motifs d'exclusion obligatoires ou

⁴² Articles 53, 54, 77, 81 et 82 de la loi du 17 juin 2016.

⁴³ Sur cette évolution, voy. DELZANGLES, H., « Chapitre VI - Conditionnalité environnementale et commande publique » in DELZANGLES, H. et FINES, F. (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 103-118 ; B. GORS, et L. VANSNICK, « III. - La sélection qualitative » in S. BEN MESSAOUD, et F. VISEUR, (dir.), *Marchés publics*, 1^{ère} édition, Bruxelles, *Larcier*, 2014, pp. 301-319 ; M. VERDUSSEN et C. ROMAINVILLE, « Les clauses éthiques dans les marchés publics », *D.A.O.R.*, 2010/1, n° 93, pp. 40-55 ; N. FRANCOIS, « La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics. Essai sur la prise en compte de considérations d'ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et d'attribution des marchés publics », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 621-664.

⁴⁴ Voy. notamment, en matière environnementale, l'article 77 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 68, § 4, 7° et 11°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'.

⁴⁵ Le considérant 97 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' confirme que la « condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise ».

⁴⁶ Sur cette question, voy. notamment E. BRIBOSIA, I. RORIVE et L. FROMONT, « Le nerf de la guerre : les subventions et les marchés publics sont-ils aussi des outils de lutte contre les discriminations en Belgique ? », *A.P.T.*, 2021/3, p. 405-407.

⁴⁷ Articles 7 et 69 de la loi du 17 juin 2016.

Facultatis⁴⁸ portant sur le comportement général et *in abstracto* d'un soumissionnaire, comprenant notamment l'absence de condamnations pénales pour certaines infractions graves, l'absence de dettes fiscales ou sociales, l'absence de manquements aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, etc. L'adjudicateur n'est cependant pas autorisé à aller au-delà.

Par conséquent, les conditions de subventionnement qui seront imposées en lien avec la passation des marchés publics devront respecter les limites ainsi fixées par la réglementation fédérale et inspirées par la réglementation européenne.

Section 3. Limites tenant au respect du principe de la liberté d'entreprendre

14. La Cour constitutionnelle a rappelé les contours de la liberté d'entreprendre dans son arrêt n° 183/2021 du 16 décembre 2021⁴⁹, en ces termes :

« B.7.1. La liberté d'entreprendre, telle qu'elle est notamment visée à l'article II.3 du Code de droit économique et dans le décret d'Allarde du 2-17 mars 1791, abrogé, qui visait la liberté de commerce et d'industrie, a régulièrement servi de norme de référence à la Cour dans son contrôle du respect des articles 10 et 11 de la Constitution. Cette liberté doit s'exercer 'dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'Union économique et de l'unité monétaire'⁵⁰ tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi' (article II.4 du même Code).

B.7.2. La liberté d'entreprendre précitée est dès lors étroitement liée à la liberté d'entreprendre qui est garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Dès lors que l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a une portée analogue à celle de la liberté d'entreprendre, la Cour tient compte des garanties contenues dans cette disposition dans le cadre de son contrôle [...].

B.7.3. La liberté d'entreprendre ne peut être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que la loi, le décret ou l'ordonnance règle l'activité économique des personnes et des entreprises.

Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peuvent néanmoins être admises dès lors qu'elles sont instaurées par la loi et qu'elles respectent la substance de ces droits et libertés, qu'elles répondent à des raisons impérieuses d'intérêt général ou aux exigences de la protection des droits et libertés d'autrui, qu'elles sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (CJUE, grande chambre, 13 novembre 2018, C-33/17, Čepelnik d.o.o., point 42 ; grande chambre, 22 janvier 2013, C-283/11, Sky Österreich GmbH, points 45-50 ; 4 mai 2016, C-477/14, Pillbox 38, points 157-

⁴⁸ Énumérés par les articles 66 à 70 de la loi du 17 juin 2016.

⁴⁹ Voy. également C.C., 7 novembre 2024, n° 116/2024, B.24.2 et B.28.3.

⁵⁰ Nous soulignons.

160). Par conséquent, le législateur compétent n'interviendrait de manière déraisonnable que s'il limitait la liberté d'entreprendre sans aucune nécessité ou si cette limitation était disproportionnée au but poursuivi »

Lors de l'établissement de conditions de subventionnement, l'autorité subsidiaire devra veiller au respect des exigences ainsi rappelées par la Cour constitutionnelle.

15. Cela étant, on observe que les contraintes qui découlent de la réglementation relative aux marchés publics sont considérées, en soi, comme une limitation admissible à la liberté d'entreprendre, dès lors qu'elle participe au respect « du cadre normati² général de l'Union économique et de l'unité monétaire ». La législation sur les marchés publics est, en outre, de nature à ²favoriser, *in fine*, la liberté d'entreprendre puisqu'elle vise à préserver et à développer la libre concurrence, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Enfin, la réglementation des marchés publics impose elle-même des obligations tenant au respect du principe de proportionnalité lors de la définition des conditions du marché. Au vu de ces différentes considérations, des clauses de subventionnement en lien avec la réglementation relative aux marchés publics et qui en respectent les principes paraissent *a priori* admissibles au regard de la liberté d'entreprendre.

Chapitre III. Les différents types de clauses liées à l'application des règles en matière de marchés publics en tant que condition d'octroi et de maintien d'une subvention

16. Au vu des principes qui viennent d'être rappelés, nous proposons d'analyser plus concrètement les différents types de clauses de subventionnement en lien avec les marchés publics existants.

Une option qui est régulièrement rencontrée est de subordonner l'octroi – et dès lors le maintien – de la subvention au respect de la réglementation en matière de marchés publics, sans autre précision (Section 1).

Une deuxième option consiste à ren²forcer le contrôle de la réglementation en matière de marchés publics en imposant la démonstration de son respect lors de la demande ou de la liquidation de la subvention en elle-même. Dans certains cas, c'est même un mécanisme d'approbation des documents du marché et des décisions d'attribution par l'autorité subsidiaire qui est imposé au bénéficiaire de la subvention (Section 2).

Une troisième option consiste à rendre obligatoire certaines contraintes lors de la rédaction des documents du marché (Section 3).

Enfin, une dernière option consiste à exiger que le marché public subventionné soit attribué ou exécuté dans un certain délai (Section 4).

Section 1. Exigence du respect de la législation en matière de marchés publics, sans autres précisions

A. LA CLAUSE EN ELLE-MÊME

17. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'octroi de la subvention sera subordonné, de manière générale, « au respect de la réglementation en matière de marchés publics »⁵¹ ou au fait que le montant de la subvention doit être utilisé « dans le respect de la législation relative aux marchés publics »⁵² ou toute autre formule similaire.

Il est intéressant de relever que le droit européen lui-même exige que les subventions accordées soient utilisées dans le respect des règles en matière de marchés publics⁵³.

B. EXAMEN DE LÉGALITÉ

18. Au vu des principes rappelés ci-dessus (voy. *supra* n° 9 à 12), la condition qui se limite à imposer le respect de la réglementation en matière de marchés publics (en tenant compte de son champ d'application) est admissible dès lors qu'elle vise à garantir la correcte et adéquate utilisation de la subvention au regard des règles de transparence et de mise en concurrence imposées par le droit européen et fédéral. Ce faisant, elle vise plus largement à garantir l'intégrité et la probité du bénéficiaire de la subvention en vue de garantir le bon et sain usage des finances publiques et reste dans les limites des compétences justifiant la subvention.

Si l'on examine les choses sous l'angle de la loyauté fédérale, l'on constate, du reste, qu'un renvoi au respect de la réglementation en matière de marchés publics ne fait que renforcer l'action menée par le législateur fédéral sans porter atteinte à l'autonomie de ce dernier.

L'on souligne qu'il doit, à l'évidence, s'agir d'une référence dynamique (et non pas statique)⁵⁴, afin de ne pas porter atteinte à la compétence du législateur à l'origine de la norme à laquelle il est fait référence.

⁵¹ A titre d'exemples, l'on peut citer l'article 5 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 avril 2019 'relatif aux dépenses éligibles dans le cadre de subventions octroyées dans le domaine de l'Emploi et de la Formation professionnelle' ou l'article 3, 3°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 octobre 2022 'relatif à l'octroi de subventions aux personnes de droit public et aux organismes non commerciaux pour la réalisation d'études et de travaux visant l'amélioration de la performance énergétique et l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les bâtiments (arrêté UREBA)'. Voy. également dans le même sens, l'arrêté du 22 décembre 2023 du Gouvernement flamand 'déterminant les conditions d'octroi d'une aide financière pour la mise en œuvre d'une offre d'hébergement abordable dans le réseau Vacances pour tous'.

⁵² Décret de la Communauté française du 7 février 2019 'relatif à l'acquisition de manuels scolaires, de ressources numériques, d'outils pédagogiques et de livres de littérature, au sein des établissements scolaires'.

⁵³ Voy. par exemple l'article 7 du règlement (CEE) n° 2052/88 du Conseil du 24 juin 1988 'concernant les missions des Fonds à finalité structurelle, leur efficacité ainsi que la coordination de leurs interventions entre elles et celles de la Banque européenne d'investissement et des autres instruments financiers existants'; les articles 1 et 4 du règlement (CE EURATOM) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 'relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes'.

⁵⁴ Sur la manière d'effectuer une référence dynamique, voy. *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), recommandation n° 74.

19. La question se pose de savoir si, quel que soit le législateur envisagé, une telle clause pourrait avoir pour effet de rendre applicable la législation sur les marchés publics à des entités qui n'y sont normalement pas soumises, dès lors qu'elles ne peuvent pas être qualifiées de « pouvoirs adjudicateurs »⁵⁵.

L'on rappellera⁵⁶ l'article 18, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 qui précise :

« Une personne qui ne répond pas aux conditions de l'article 2, 1^o, est soumise aux dispositions du titre 1^{er} et du titre 2, chapitres 1^{er} à 5, pour les marchés publics qu'elle passe lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

1^o le montant estimé du marché est égal ou supérieur au seuil correspondant pour la publicité européenne;

2^o le marché est subventionné directement à plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1^o ;

3^o le marché a pour objet :

a) soit des travaux de génie civil visés à l'annexe I ou des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs, de loisirs, aux bâtiments scolaires, universitaires ou à usage administratif;

b) soit des services qui sont liés aux travaux ou ouvrages mentionnés au point a).

Le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions susvisées veille au respect des dispositions de la présente loi lorsqu'il n'attribue pas lui-même les marchés subventionnés ou lorsqu'il les attribue au nom et pour le compte d'autres entités.

Cette disposition s'applique sans préjudice de toute autre disposition ou décision imposant le respect des dispositions de la présente loi »⁵⁷.

⁵⁵ Défini par l'article 2, 1^o, de la loi du 17 juin 2016.

⁵⁶ On constate cependant que cette autorisation d'extension du champ d'application est rarement rappelée et paraît ne pas toujours être prise en considération (voy. par exemple S.L.C.E., avis n° 46.233/3 donné le 7 avril 2009 sur un projet devenu l'arrêté de la Commission communautaire commune du 7 mai 2009 'déterminant les règles relatives aux différentes formes d'intervention financière de la Commission communautaire commune dans la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement des bâtiments affectés à l'exercice des activités des établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées'. voy. également S.L.C.E., avis n° 68.627/3 donné le 5 février 2021 sur un avant-projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 5 mars 2021 'portant modification de divers arrêtés, en ce qui concerne des mesures pour l'infrastructure culturelle et de jeunesse et l'opérationnalisation du Département de la Culture, de la Jeunesse et des Médias, et portant abrogation de l'arrêté du Gouvernement flamand du 2 février 1999 portant réglementation de la gestion et du fonctionnement du " Fonds Culturele Infrastructuur " (Fonds de l'infrastructure culturelle)'. Cet avis observe pour sa part (obs. n° 8) : « Door te bepalen dat de subsidietrekker om in aanmerking te komen voor subsidiëring in alle gevallen de regelgeving inzake de overheidsopdrachten dient toe te passen, wordt een subsidievoorwaarde opgelegd die de gelijke behandeling en de rechtszekerheid van de betrokkenen moet waarborgen, maar wordt geenszins ingegrepen in het toepassingsgebied inzake overheidsopdrachten, zoals bepaald in de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten'. De Federale bevoegdheid met betrekking tot de regelgeving inzake overheidsopdrachten wordt bijgevolg niet betreden, zodat de ontworpen bepaling geen bevoegdheidsrechtelijk probleem doet rijzen ».

Il est intéressant de noter que ces deux avis partent d'un postulat de départ très différent en termes de compétence, quant à la possibilité de faire de l'application de la loi sur les marchés publics une condition de subvention).

⁵⁷ Une telle disposition n'est pas neuve et reprend en grande partie l'article 13 de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' et l'article 4, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', qui reprenaient eux-mêmes les principes posés par les articles 1^{er}, § 2, 11, 53, § 2, et 63 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 'relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics'.

Outre le fait que certains marchés subsidiés seront nécessairement soumis, de par leur objet, à la réglementation relative aux marchés publics, on observe que le dernier alinéa de cette disposition est rédigé de manière extrêmement large et autorise expressément l'extension du champ d'application personnel ou matériel de la loi du 17 juin 2016 par le biais de toute disposition d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté ou d'une décision, fut-elle reprise sous forme conventionnelle⁵⁸. Cette autorisation d'extension du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics n'a jamais été remise en cause par la section de législation ou la doctrine⁵⁹.

Le droit européen ne s'oppose pas à une telle extension⁶⁰. La directive 2014/24/UE nous paraît en effet devoir être interprétée comme une directive d'harmonisation minimale, sous réserve de certaines exceptions⁶¹.

⁵⁸ Dans sa version précédente (art. 4, § 2, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 'relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'), cette autorisation d'extension précisait expressément qu'il s'agissait de « toute disposition d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté ou d'une décision imposant le respect des dispositions de la loi et du présent arrêté ». Voy. également le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité concernant l'article 4, § 2, qui parle de toute décision, « fut-elle reprise sous une forme conventionnelle ». Le commentaire de l'article 18 de la loi du 17 juin 2016 précitée indique que cet article reprend l'article 4, § 2, de l'arrêté du 15 juillet 2011 précité dont la rédaction semble simplement avoir été simplifiée, sans que cela n'en modifie la portée (Projet de loi relative aux marchés publics, *Doc. Parl.*, Ch. Sess. Ord. 2015-2016, n° 1541/001, p. 43).

⁵⁹ Voy. notamment D. BATSELÉ, D. DELVAX, et A. YERNA, « M » in *Dictionnaire raisonné des marchés publics*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 447 ; B. Lombaert (dir.), *Droit des marchés publics*. Passation, exécution, recours, Bruxelles, La Charte, 2020, p. 131 ; Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, B. DUPREZ, Y. LIBERT, I. PAIVA, P. THIEL, M. VASTMANS, et S. WAUTHIER, « 5. - Les personnes assujetties à la réglementation » in *Le droit des marchés publics en Belgique*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 154 ; A. DELVAUX et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, « Tome 1B – A.R. 15 juillet 2011 », *Confédération construction*, 2014, p. 741 ; M-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, *Confédération nationale de la construction*, 1996-1997, p. 581-582.

⁶⁰ Voy. en ce sens C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*. Voy. également C.J.U.E., 11 avril 2024, C-28/23, *Conclusions de l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez-Bordona*, § 56 et § 75. Le § 75 énonce : « Il est vrai que, en tant qu'entité privée, NFS ne relève pas de la notion de pouvoir adjudicateur visée à l'article 2, paragraphe 1, point 1, de la directive 2014/24. Or, dès lors que cette entité est contrainte par l'État (qui lui fournit des fonds publics à cette fin) à se soumettre à la réglementation en matière de passation de marchés publics, et que cette condition est également requise par la décision SA.46530, j'estime que, d'un point de vue matériel et aux fins de la construction du stade, les règles relatives à la mise en concurrence contenues dans cette directive deviennent applicables et que NFS a été placée dans une situation analogue à celle d'un pouvoir adjudicateur ».

⁶¹ C.J.U.E., 11 février 2010, C-160/08, *Conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Commission/Allemagne*, note de bas de page n° 43 : « En général, il convient de partir du principe que les directives 92/50 et 2004/18 ne devaient pas harmoniser totalement, en tant que telles, les passations de marchés publics qui relèvent de leurs domaines d'application respectifs. Cela découle déjà du titre de ces directives qui évoquent la «coordination» des procédures de passation des marchés. Le fait que ces directives aient poursuivi l'objectif d'une harmonisation minimale n'exclut toutefois pas que certaines matières aient, malgré tout, fait l'objet d'une harmonisation complète. Eu égard aux règles très détaillées que contiennent ces directives en ce qui concerne les obligations d'information, de communication et de publicité dans le cadre des différentes procédures de passation de marché, la délimitation entre une harmonisation minimale – très détaillée – et une harmonisation exhaustive est extrêmement difficile dans ce domaine. Comme l'avocat général Mazák l'a établi, à juste titre, aux points 12 et suiv. de ses conclusions du 22 septembre 2009 dans l'affaire *Commission/France* (C-299/08, non encore publiée au Recueil.) et comme la Cour l'a confirmé aux points 28 et suiv. de son arrêt du 10 décembre 2009 dans la même affaire, l'énumération des différentes procédures de passation de marché dans les articles 28 et suiv. de la directive 2004/18 doit, en tout cas, être considérée comme limitative. Il en découle directement qu'au moins certaines des dispositions relatives à ces procédures doivent être considérées comme réalisant une harmonisation exhaustive ». Le raisonnement retenu à propos des directives 92/50/CE et 2004/18/CE nous paraît transposable à la directive 2014/24/UE. On observe que le considérant 1 de la directive 2014/24/UE parle également d'un souci de « coordination » des procédures nationales afin de garantir le respect des principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement, de libre prestation de services. Ces principes doivent être respectés en toutes hypothèses (pour les situations soumises au droit de l'Union européenne), même en dehors des marchés publics couverts par la directive 2014/24/UE. L'extension volontaire du champ

Cependant, la question se pose de savoir si l'article 18, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 autorise, par voie de conséquence, l'extension du champ d'application de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions'.

En tant que tel, l'article 18, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 vise exclusivement l'imposition du respect des « dispositions de la présente loi ». La loi du 17 juin 2013 délimite son champ d'application en se référant à la notion d'« autorités adjudicatrices » définie comme étant « l'adjudicateur visé à l'article 2, 5°, de la loi relative aux marchés publics⁶² et à l'article 2, 5°, de la loi relative aux concessions ainsi que le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou la personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la loi défense et sécurité, selon le cas ». Appliquée littéralement, cette notion d'« autorité adjudicatrice » ne recouvre donc pas les entités soumises à la loi du 17 juin 2016 en application de l'article 18 de cette même loi.

L'on pourrait cependant plaider que la mise en œuvre de l'article 18, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016, au vu de sa *ratio legis*, aura nécessairement pour conséquence d'étendre indirectement la notion d'« adjudicateur » au sens de l'article 2, 5°, de la loi du 17 juin 2016. Par ailleurs, auparavant, les dispositions régissant les voies de recours, de motivation et d'information étaient contenues au sein de la législation « de base » relative aux marchés publics⁶³. Il est probable qu'en reprenant, au fil des législations successives relatives aux marchés publics, le principe d'autorisation d'extension du champ d'application desdites législations, le législateur a perdu de vue l'évolution du cadre législatif et sa scission en plusieurs textes (la loi du 15 juin 2006 qui a été remplacée par la loi du 17 juin 2016 et la loi du 17 juin 2013). Ce constat renforce encore le plaidoyer en faveur d'une interprétation conciliante de la portée de l'article 18, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016.

20. Cela étant, si l'intention du législateur est effectivement de rendre applicable la législation sur les marchés publics à des entités qui n'y sont normalement pas soumises, il convient de le préciser clairement, afin d'éviter toute discussion quant à la portée de la condition de subventionnement imposant le respect de ladite réglementation⁶⁴⁻⁶⁵. À défaut, le risque est

d'application de la directive 2014/24/UE permet de garantir le respect de ces principes et rencontre dès lors les objectifs de l'Union européenne. La rédaction de l'article 1^{er} de la directive 2014/24/UE conforte cette interprétation.

⁶² Cette notion est définie comme suit : « Les pouvoirs adjudicateurs exerçant des activités visées au titre 2 et les entités adjudicatrices ».

⁶³ Voy. le livre IIbis « Motivation, information, voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services » de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services'.

⁶⁴ La Communauté flamande semble, pour sa part, avoir pris l'habitude de préciser que le bénéficiaire de la subvention est tenu de respecter la législation relative aux marchés publics, « si d'application ». Voy. par exemple l'article 20, alinéa 5, 2°, de l'arrêté du 22 décembre 2023 du Gouvernement flamand 'déterminant les conditions d'octroi d'une aide financière pour la mise en œuvre d'une offre d'hébergement abordable dans le réseau Vacances pour tous'.

⁶⁵ Comme exemple de clause non ambiguë quant à sa portée, voy. l'article 7, 4°, de l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 septembre 2023 'relatif au régime d'attribution de subventions d'investissement aux infrastructures culturelles et de jeunesse stratégiques' qui dispose : « Le bénéficiaire de la subvention satisfait aux exigences en matière de subvention suivantes : [...] 4° La réglementation relative aux marchés publics est appliquée à tous les travaux, services et fournitures pour lesquels une subvention d'investissement a été accordée. En tant que pouvoir adjudicateur, chaque

que l'on considère que le renvoi à la réglementation des marchés publics doit se comprendre en tenant compte de son champ d'application personnel et matériel tel qu'il est défini par la loi du 17 juin 2016, ce qui aurait pour conséquence que seuls les bénéficiaires de la subvention qui sont normalement soumis à cette législation seraient visés par l'exigence de respect de la réglementation en matière de marchés publics.

C. EFFECTIVITÉ DE TELLES CLAUSES

21. Lorsque le bénéficiaire de la subvention ne respecte pas la clause « marchés publics » qui conditionne l'octroi et le maintien de sa subvention, l'autorité compétente devra procéder à la récupération de celle-ci, moyennant le respect des règles procédurales applicables en vertu de la réglementation qui encadre la subvention. Il s'agit d'une obligation dans le chef de l'autorité subsidiaire en vertu de l'article 13 de la loi du 16 mai 2003 'fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes'⁶⁶. Cette disposition impose en effet le remboursement « sans délai » du montant de la subvention en cas de non-respect, notamment, de ses conditions d'obtention. Cette disposition n'autorise pas l'exercice d'un quelconque pouvoir d'appréciation à ce sujet⁶⁷.

La Cour constitutionnelle a cependant admis que les entités fédérées sont autorisées à prévoir un régime de remboursement moins strict sur la base des pouvoirs implicites⁶⁸.

L'on admet également que l'article 13 de la loi du 16 mai 2003 ne s'oppose pas à ce que le remboursement de la subvention soit, le cas échéant, précédé d'une période de mise en demeure ou de suspension afin de laisser la possibilité au bénéficiaire de la subvention de se conformer à ses obligations⁶⁹. Encore faut-il cependant qu'une régularisation soit encore possible.

22. Néanmoins, l'effectivité de telles clauses suppose tout d'abord l'existence d'un certain contrôle.

bénéficiaire de la subvention respecte les dispositions relatives à l'attribution du marché et à son exécution, énoncées dans la réglementation sur les marchés publics ».

⁶⁶ Concernant la problématique de la récupération des subventions en cas de non-respect de la réglementation en matière de marchés publics au niveau européen, concernant le caractère obligatoire de la récupération au vu des règles instaurées en ce sens et sur la question de l'ampleur de la récupération, voy. C.J.U.E., 21 décembre 2011, C-465/10, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*. Voy. également C.J.U.E., 8 juillet 2023, C-545/21, *Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)*.

⁶⁷ En ce sens, voy. C.E., 13 janvier 2023, n° 255.487, *IFAPME DE LIEGE-HUY-WAREMME* ; C.E., 9 juillet 2008, n° 185.269, *X.Y.*

⁶⁸ C.C., n° 189/2002, 19 décembre 2002, B.4 à B.10. Voy en ce sens S.L.C.E., avis 45.780/4 donné le 26 janvier 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 26 mars 2009 'fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse' ; S.L.C.E., avis 68.470/2 donné le 17 décembre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 74 du 22 décembre 2020 'relatif à l'octroi d'une prime à l'investissement en faveur de la fabrication de produits liés à la COVID-19' ; S.L.C.E., 72.553/2 donné le 18 janvier 2023 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 27 avril 2023 'relatif à l'amélioration du climat scolaire et à la prévention du harcèlement et du cyberharcèlement scolaires'. Voy. également C.E., 9 juillet 2008, n° 185.269, *Lannois*.

⁶⁹ Voy. par exemple S.L.C.E., avis n° 75.958/4 donné le 17 avril 2024 sur un avant-projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif au subventionnement des infrastructures et des équipements des milieux d'accueil de la petite enfance'.

Conformément à l'article 12 de la loi du 16 mai 2003,

« Par le seul fait de l'acceptation de la subvention, le bénéficiaire reconnaît aux communautés et régions énumérées à l'article 2 le droit de faire procéder sur place au contrôle de l'emploi des fonds attribués.

L'organisation et la coordination des contrôles sont réglées par le gouvernement ou par le collège réuni. Ceux-ci font appel notamment, pour ce contrôle, aux inspecteurs des finances »⁷⁰.

A cette fin, un contrôle du bon usage des subventions est en général organisé par le texte qui instaure la subvention.

Il faut ensuite que le contrôle permette le constat du non-respect de la réglementation en matière de marchés publics. Comme tout acte administratif une décision ordonnant le remboursement d'une subvention ou refusant sa liquidation devra, en effet, être adéquatement motivée et reposer, entre autres, sur des faits matériellement établis.

Le bénéficiaire de la subvention devra être en mesure de démontrer le respect de ladite réglementation en fournissant les documents du marché pertinents. À défaut, un constat de non-respect pourra aisément être posé, notamment par le biais d'un rapport d'un service d'inspection⁷¹.

Le constat du non-respect de la législation en matière de marchés publics résultant, non pas d'une absence, mais d'une mauvaise application de ladite réglementation, sera cependant, quant à lui, plus délicat.

Un jugement en ce sens de l'ordre judiciaire ou un arrêt de suspension d'extrême urgence (dont l'autorité de la chose jugée n'est cependant que provisoire) ou d'annulation du Conseil d'Etat à l'encontre du bénéficiaire de la subvention, en raison d'une illégalité en matière de marchés publics, pourra bien sûr indiquer l'existence d'un manquement. Cela ne nous paraît cependant pas de nature à constater, en soi, la défaillance définitive de l'obligation de « respecter la réglementation relative aux marchés publics ». Sous contraintes de délais particulières ou en cas d'exécution totale du marché, l'adjudicateur garde en effet la possibilité de rectifier la légalité de la procédure ou de relancer une nouvelle procédure d'attribution permettant *in fine* de rencontrer la condition d'octroi et de maintien de la subvention qui lui a été imposée. En cas de régularisation, l'intérêt public spécifique poursuivi par l'octroi de la subvention et l'objectif de bon usage des deniers publics sous-jacent à la condition de subventionnement sera en effet préservé.

Un constat d'illégalité par une juridiction ne nous paraît cependant pas une exigence indispensable pour que l'autorité subsidiaire impose le remboursement de la subvention ou

⁷⁰ Cette obligation est reprise par les différentes législations décrétales ou ordonnancielles qui organisent de manière générale le contrôle des subventions (voy. *supra*, note de bas de page n° 11).

⁷¹ Sur la possibilité de prévoir d'autres services d'inspection que le service d'inspection des finances, voy. T.P.I. Luxembourg, division Neuchâteau - Jugement n° 16/537/A du 22 août 2017, inédit, sur www.srtadalex.com.

refuse sa liquidation. Un tel constat peut également être posé par l'autorité subsidiaire d'initiative (celle-ci se devra bien sûr de respecter l'autorité de la chose jugée des décisions de justice qui auraient le cas échéant déjà été rendue sur cette question). Une telle décision pourra ensuite faire l'objet d'un contrôle, par l'autorité de tutelle le cas échéant et par le Conseil d'État ou le juge judiciaire selon le cas, en tenant compte de l'objet véritable du recours⁷².

Section 2. Exigence du respect de la législation en matière de marchés publics via le contrôle exercé lors de la procédure de demande ou de liquidation de la subvention

A. CLAUSES EN ELLE-MÊME

23. Plusieurs mécanismes de subvention prévoient également l'obligation pour le demandeur/bénéficiaire de la subvention de communiquer, lors des différentes étapes de la procédure de demande ou de liquidation de la subvention, différentes décisions et documents requis par la réglementation en matière de marchés publics. L'autorité subsidiaire va jusqu'à, dans certains cas, prévoir, en sa faveur, un droit de regard ou un pouvoir d'approbation desdits documents ou décisions⁷³.

Cela aura incidemment pour conséquence de renforcer le respect de la réglementation en matière de marchés publics.

B. EXAMEN DE LÉGALITÉ

24. Concernant la légalité de ces clauses, la question nous paraît similaire à celle concernant les clauses qui imposent le « respect de la réglementation en matière de marchés publics ». Il est dès lors renvoyé sur ce point aux développements de la section 1, B. (voy. *supra* n° 18 à 2018).

⁷² Il s'agira de déterminer l'objet véritable du recours. Sur cette question, voy. par exemple C.E. (Ass. Gén.), n° 257.981, 14 novembre 2023, *S.P.R.L. D.I.G.* ; C.E. 229.544, 12 décembre 2014, *S.C.R.L. INTRADEL* ; C.E., n° 247.533, 13 mai 2020, *A.S.B.L. Aide à l'Enfant*.

⁷³ À titre d'exemple, l'on peut citer : les articles 10, 14, 15 et 16 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 11 février 2021 'portant exécution du décret du 3 décembre 2020 relatif aux subventions octroyées à certains investissements en matière d'infrastructures sportives et abrogeant l'arrêté du gouvernement wallon du 9 juillet 2015, relatif aux subventions octroyées à certains investissements en matière d'infrastructures sportives (S.L.C.E., avis 68.544/4 donné le 13 janvier 2021) ; les articles 6 à 11 et de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 7 mai 2009 'déterminant les règles relatives aux différentes formes d'intervention financière de la Commission communautaire commune dans la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement des bâtiments affectés à l'exercice des activités des établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées' (S.L.C.E., avis 46.233/3 donné le 7 avril 2009) ou les articles 11, 12 et 14, ainsi que les articles 29, 30 et 32 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 6 décembre 2018 'portant exécution du Titre IV du Livre III de la Partie III du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, relatif aux subventions à certains investissements d'intérêt public' (pas d'avis S.L.C.E. dans le délai); Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 18 décembre 2003 portant application des articles 4 et 6 du décret du 17 juillet 2002 relatif à l'octroi de subventions aux collectivités locales pour les projets d'infrastructures culturelles (sans avis de la S.L.C.E.) ; art. 5 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 mai 2014 'fixant les conditions d'octroi d'une subvention pour des travaux de conservation à un bien classé' (S.L.C.E., avis 56.045/4 donné le 12 mai 2014) ; art. 18 de l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 septembre 2023 'relatif au régime d'attribution de subventions d'investissement aux infrastructures culturelles et de jeunesse stratégiques' (S.L.C.E., avis 73.854/3 donné le 13 juillet 2023).

L'instauration d'un droit d'approbation par le Ministre compétent des documents du marché ou des différentes étapes de la procédure d'attribution ou d'exécution reste en effet dans les limites du processus de subvention et est, dès lors, admissible au titre de la compétence de l'autorité subsidiaire pour élaborer le subside en question et sa procédure d'octroi⁷⁴.

On rappellera que l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 impose le respect de cette législation pour certains marchés subsidiés alors même que les bénéficiaires des subventions ne répondent pas à la qualification de « pouvoirs adjudicateurs ». Dans une telle hypothèse, conformément à son alinéa 2, le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions doit « veille[r] au respect des dispositions de la présente loi lorsqu'il n'attribue pas lui-même les marchés subventionnés ou lorsqu'il les attribue au nom et pour le compte d'autres entités ». L'insertion des clauses examinées dans le cadre de cette section permet de rencontrer cette obligation.

C. EFFECTIVITÉ DE TELLES CLAUSES

25. Le contrôle de la réglementation des marchés publics est ici renforcé puisqu'il appartiendra au demandeur/bénéficiaire de la subvention de démontrer, à chaque étape de la procédure de demande et de liquidation de la subvention, le respect de ladite réglementation en communiquant les documents du marché pertinents. Le non-respect de la réglementation des marchés publics aura nécessairement pour conséquence l'absence d'octroi ou de liquidation de la subvention, ce qui garantit l'effectivité de ces clauses. En ce qui concerne le constat de ce non-respect, il est renvoyé supra n° 22.

Section 3. Exigences au niveau de la rédaction des documents du marché

26. Certaines exigences peuvent être imposées au stade de la rédaction des documents du marché. Elles visent à moduler les spécifications techniques, les conditions de sélection, d'attribution ou d'exécution d'un marché. L'hypothèse la plus courante est celle visant l'insertion obligatoire de clauses éthiques, sociales ou environnementales (section 3.1.). Nous proposons par ailleurs d'examiner plus particulièrement un exemple d'un autre type de clause, en matière de financement des hôpitaux. Si la disposition examinée repose sur un mécanisme répressif et n'est pas, en tant que telle, une condition de subventionnement, elle crée elle aussi un lien entre le respect de certaines exigences en matière de marchés publics et l'accès à un financement public (section 3.2.).

⁷⁴ La section de législation n'a, d'ailleurs, jamais remis en cause la légalité de ce genre de clauses lors de l'examen des arrêtés cités dans la note de bas de page précédente.

Section 3.1. Clauses éthiques, sociales ou environnementales

A. CLAUSES EN ELLE-MÊME

27. Sous le vocable de « clauses éthiques, sociales ou environnementales », on vise les clauses imposant à l'adjudicataire, lors de la définition du marché, le respect ou la promotion de droits fondamentaux ou de certains d'entre eux, notamment afin de privilégier le commerce équitable, de favoriser le développement durable et le respect de l'environnement ou visant à promouvoir l'emploi ou la formation professionnelle, le cas échéant orientées vers certaines catégories défavorisées de la population, telles que les personnes handicapées⁷⁵. Les clauses « éthiques » et « sociales » peuvent ainsi également s'inscrire dans un objectif d'aide aux personnes.

La section de législation invite en général l'auteur du texte normatif examiné à préciser la nature des clauses éthiques, sociales et environnementales envisagées⁷⁶.

B. EXAMEN DE LÉGALITÉ

28. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'insertion de telles clauses en tant que condition d'une subvention spécifique est, en soi, admissible mais ne peut avoir comme seul et unique but de poursuivre une politique particulière à l'égard de laquelle le législateur concerné ne serait pas compétent. Il est rappelé que l'insertion de telles clauses ne peut, en vertu de la réglementation des marchés publics, se faire que dans certaines limites qui devront être respectées par le bénéficiaire de la subvention - adjudicateur (voy. *supra* n° 9 à 15).

C. EFFECTIVITÉ DE TELLES CLAUSES

29. Tout comme pour les autres clauses, leur effectivité dépendra avant tout de la réalité du contrôle organisé par l'autorité subsidiaire. Le constat de l'existence ou non au sein des documents du marché de spécifications techniques, de conditions de sélection, d'attribution ou

⁷⁵ A titre d'exemple, l'on peut citer : L'article 28 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 juillet 2023 'portant sur l'accompagnement et le soutien financier apportés aux opérations de développement urbain', pris en exécution de l'article D.V.13, alinéas 3 et 4, du Code de développement territorial ayant fait l'objet de l'avis 64.924/2 (cet avis ne formule aucune observation sur le principe de l'insertion obligatoire de clauses éthiques, sociales ou environnementales). L'arrêté du 13 juillet 2023 n'a pas fait l'objet d'un avis en raison de l'application par la S.L.C.E. de la procédure prévue à l'article 84, § 5, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 'sur le Conseil d'État'. Cet arrêté remplace l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 février 2013 'relatif à l'octroi par la Région wallonne de subventions pour l'exécution d'opérations de rénovation urbaine' qui prévoyait lui-même une obligation similaire à propos de laquelle l'avis 66.238/4 (cité *supra*) a été rendu. Voy. également l'article 31/14 du décret du 1er avril 2004 'relatif à la mobilité et à l'accessibilité locales'. Cette disposition a fait l'objet de l'avis 72.117/4 cité à la note de bas de page qui suit.

⁷⁶ S.L.C.E., avis 72.117/4 donné le 3 octobre 2022 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 24 novembre 2022 'relatif à la politique cyclable et modifiant le décret du 1er avril 2004 relatif à la mobilité et à l'accessibilité locales et le décret du 4 avril 2019 visant à généraliser les aménagements cyclables de qualité en Wallonie et à renforcer la sécurité des cyclistes'. Cet avis renvoie à l'avis 68.163/4 cité *supra*, concernant la question de la répartition des compétences. Voy. également S.L.C.E., avis n° 63.550/4 donné le 20 juin 2018 sur un avant-projet devenu le décret du 4 octobre 2018 'modifiant les dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatives aux subventions à certains investissements d'intérêt public'.

d'exécution présentant le caractère éthique, social ou environnemental requis renvoie à un constat d'actuel qui devrait pouvoir se faire aisément en examinant les documents du marché (voy. *supra* n° 21). Les litiges concernant les décisions ainsi prises par l'autorité subsidiaire pourront être portées devant le Conseil d'État ou les juridictions judiciaires selon l'objet véritable du recours (voy. *supra*, n° 22).

SECTION 3.2. Autres exigences concernant les spécifications techniques ou les conditions de la sélection, de l'attribution ou de l'exécution du marché – exemple particulier de la loi coordonnée du 14 juillet 1994

A. CLAUSES EN ELLE-MÊME

30. Dans la loi coordonnée du 14 juillet 1994 'relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités'⁷⁷, un alinéa 5 a été inséré⁷⁸ au sein de l'article 37, § 3, afin de prévoir ce qui suit :

« § 3. Pour les médicaments visés à l'article 34, alinéa 1er, 5°, b), c), d) et e), qui sont dispensés aux bénéficiaires qui sont pris en charge dans des catégories d'hôpitaux qu'il définit, le Roi peut prévoir des règles spécifiques relatives à l'intervention de l'assurance soins de santé et à l'intervention personnelle des bénéficiaires.

[...]

Les médicaments visés à l'alinéa 1er sont remboursés sur base d'un montant forfaitaire à concurrence d'un pourcentage à fixer par le Roi, [...].

[...]

Le montant forfaitaire est réduit, pour une période à déterminer par le Roi, d'un pourcentage à déterminer par Lui pour les hôpitaux qui ne respectent pas les dispositions de l'article 71bis et ses arrêtés d'exécution. Cette période et ce pourcentage peuvent varier en fonction de la nature de l'infraction et s'élèvent respectivement à maximum 12 mois et 10 p.c. du montant forfaitaire. Le montant total de la réduction ne doit pas être inférieure à 5 000 euros. Le Roi fixe les modalités d'application du présent alinéa ».

L'article 71bis⁷⁹ de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 auquel il est fait référence prévoit ce qui suit :

« § 1er. En vue de remédier à l'absence de libre concurrence et/ou à l'application non optimale ou sous-optimale de la loi relative aux marchés publics et à la sous-utilisation qui en résulte d'alternatives moins onéreuses ou potentiellement rentables, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, prévoir une ou plusieurs des règles particulières suivantes pour une catégorie fixée par Lui de produits visés à l'article 34, alinéa 1er, 4° bis et 5°, qui figurent sur la liste des produits remboursables:

1° fixer les conditions et délais dans lesquels des hôpitaux, tels que visés à l'article 1er de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 relative aux hôpitaux et autres établissements de

⁷⁷ Ci-après : « la loi coordonnée du 14 juillet 1994 ».

⁷⁸ Inséré par l'article 75 de la loi du 18 mai 2022 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé'.

⁷⁹ Inséré par l'article 74 de la loi du 18 mai 2022 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé'.

soins, doivent passer, au sens de l'article 2, 37°, de la loi du 17 juin 2016, un marché public au sens de l'article 2, 17°, de la même loi;

2° fixer une ou plusieurs conditions auxquelles les documents du marché au sens de l'article 2, 43°, de la même loi du 17 juin 2016, doivent satisfaire, et plus particulièrement en ce qui concerne le contenu des critères de sélection, d'attribution et/ou techniques, la division en lots et les clauses obligatoires;

3° limiter ou moduler la durée maximale du marché public;

4° fixer les conditions et modalités en vertu desquelles les produits de cette catégorie peuvent être libérés des règles particulières précitées;

5° l'inclusion obligatoire d'une clause de résiliation dans tous les marchés à rédiger, par laquelle une résiliation anticipée du marché en cas de modification de la base de remboursement est prévue.

[...] ».

Cet article 71*bis* a été concrétisé par un arrêté royal du 13 septembre 2023 'fixant des règles particulières concernant les marchés publics pour les médicaments biologiques'⁸⁰. Cet arrêté royal impose, pour les médicaments biologiques, la passation d'un marché public dans un délai maximal suite au constat de l'évolution de la concurrence, sous peine d'un signalement à l'Autorité belge de la concurrence. En lien avec cette obligation, il impose également une durée maximale des marchés publics conclus et l'insertion au sein de ceux-ci de clauses permettant la résiliation du marché en cours d'exécution en cas de modification de la concurrence. L'arrêté royal interdit enfin l'utilisation des critères de sélection, d'attribution ou de spécifications techniques suivants :

« 1° critères exigeant que le médicament soit déjà sur le marché pendant une période déterminée ;

2° critères liés à des services supplémentaires qui ne sont pas liés à l'objet du marché public ;

3° critères liés à l'efficacité, la sécurité ou le profil de qualité du médicament biologique ;

4° critères exigeant la fourniture de données cliniques de transfert ou un soutien financier pour les études cliniques de transfert ;

5° l'octroi de rabais si plusieurs lots sont attribués au même soumissionnaire, lorsque ce mécanisme s'applique également à au moins un lot pour lequel la concurrence est inexistante en raison de la protection de certains droits de propriété intellectuelle ;

6° inclusion de différentes voies d'administration dans le même lot ;

7° lien contractuel avec d'autres médicaments ».

31. C'est donc l'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 qui fait le lien entre ces nouvelles exigences en matière de marchés publics et le financement des hôpitaux.

⁸⁰ Ci-après : « l'arrêté du 13 septembre 2023 ».

La particularité de cette disposition réside dans le fait qu'elle ne se limite pas à exiger le remboursement du financement lié aux médicaments biosimilaires achetés sans respecter les exigences particulières de marchés publics, dans une optique de « simple » application de la loi et des conditions de subventionnement qu'elle comporte (cf. *supra* : n° 12). Telle que rédigée, la réduction du forfait prévue prend la forme d'une véritable sanction de l'hôpital⁸¹⁻⁸². L'article 37, § 3, alinéa 5 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 va donc au-delà d'une condition de subventionnement habituelle.

A. EXAMEN DE LÉGALITÉ

COMPÉTENCE DU LÉGISLATEUR FÉDÉRAL EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

32. L'article 71*bis* de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 et l'arrêté royal du 13 septembre 2023 règlent la matière de marchés publics. Comme cela ressort des termes utilisés par ces dispositions et de l'intitulé de l'arrêté royal du 13 septembre 2023, il s'agit de fixer « des règles particulières » en matière de marchés publics de médicaments. Ces dispositions renforcent ou modalisent les principes posés par la loi du 17 juin 2016 dans le domaine du financement des hôpitaux et doivent dès lors se comprendre comme des règles sectorielles spécifiques.

La compétence du législateur fédéral pour adopter de telles normes doit donc s'examiner au regard des règles répartitrices de compétences en matière de marchés publics (voy. *supra* n° 5 à 7). Bien que limitées à un type spécifique de marchés publics, les règles sectorielles qui sont ainsi adoptées nous paraissent pouvoir être rattachées à la compétence du législateur fédéral d'adopter des règles générales, compte tenu de l'interprétation particulièrement large qui en est faite⁸³, ainsi qu'au vu de l'objet de ces règles particulières (notamment dérogatoire à la loi du 17 juin 2016⁸⁴).

⁸¹ Si la qualification de « sanction » d'une mesure visant à assurer le contrôle des conditions de subventionnement peut, dans certaines hypothèses, poser des difficultés en termes de répartitions des compétences, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque le législateur fédéral est compétent pour adopter les normes dont on entend sanctionner le non-respect dans le cadre de l'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994.

⁸² L'autorité compétente devra dès lors respecter le principe général des droits de la défense (et non pas uniquement le principe *Audi alteram partem*) lors de l'adoption de toute décision fondée sur l'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994.

⁸³ Voy. notamment S.L.C.E., avis 44.198/2 donné le 7 juillet 2008 sur une proposition de décret 'visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux (déposée par M. R. Miller, Mmes J. Kapompolé, M. Dethier-Neumann, M. J.-P. Procureur et Consorts)', qui qualifie les règles supplémentaires en matière de marchés publics financiers que la Région wallonne tente d'imposer (adoption obligatoire de conditions d'exécution éthiques, sociales ou environnementales), de « règles générales » relevant de la compétence du législateur fédéral. *Idem* en ce qui concerne S.L.C.E., avis 36.409/2 donné le 26 janvier 2004 sur une proposition d'ordonnance 'concernant l'usage de standards ouverts et de logiciels libres dans les administrations régionales de la Région de Bruxelles-Capitale' (adoption obligatoire de certaines spécifications techniques au sein des marchés publics informatiques de la Région) ; S.L.C.E., avis 64.700/4 donné le 12 décembre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public' (qualification obligatoire du non-respect de l'obligation d'insérer des clauses sociales dans certains marchés subsidiés « d'irrégularité substantielle », ou « d'exigence minimale » en cas de procédure négociée).

⁸⁴ Comme le relève par exemple l'avis 48.207/4, des dispositions qui dérogent aux règles posées par la loi relative aux marchés publics, notamment en ce qu'elles restreignent l'autonomie accordée au pouvoir adjudicateur lors de la définition des documents du marché et de la procédure d'attribution, ne peuvent pas être qualifiées de « complémentaires » et ne relèvent dès lors pas de la compétence des régions. *A contrario*, c'est donc le législateur

33. Si l'on examine la question de l'admissibilité des règles particulières adoptées au sein de l'arrêté royal du 13 septembre 2023 au regard de la liberté d'entreprendre ou du droit de l'Union européenne, on observe ce qui suit⁸⁵⁻⁸⁶.

34. Comme nous l'avons vu ci-dessus (voy. *supra* n° 14 et 15), la liberté d'entreprendre n'est pas une liberté absolue. Une limitation à cette liberté est envisageable mais elle doit être instaurée par la loi, elle doit respecter la substance de ces droits et libertés, elle doit répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général ou aux exigences de la protection des droits et libertés d'autrui, elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Les travaux préparatoires de la loi du 18 mai 2022 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé' qui insère, entre autres, les articles 37, § 3, alinéa 5 et 71*bis* au sein de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, justifient leur adoption par un déficit de concurrence constaté dans le secteur des médicaments « hospitaliers », étayé par différents éléments. Ils reprochent aux documents des marchés publics concernés de contenir des entraves à la libre concurrence ou des exigences qui ne seraient pas suffisamment pertinentes à la lumière de l'objet du marché, ce qui entraînerait une sous-utilisation d'alternatives moins onéreuses ou potentiellement rentables dans le cadre de l'achat de médicaments biologiques⁸⁷. L'autorité fédérale entend notamment lutter contre les clauses qui ne tiendraient pas compte des assurances en termes de qualité, d'efficacité ou d'interchangeabilité qu'implique une autorisation de mise sur le marché d'un médicament délivré par les autorités compétentes au niveau belge ou au niveau européen⁸⁸.

Ces motifs visent en réalité à garantir une correcte application de la législation relative aux marchés publics (notamment en ce qu'elle transpose la directive 2014/24/UE) ou à renforcer celle-ci. Or, l'essence même de réglementation des marchés publics repose sur un objectif de promotion de la concurrence afin, notamment, d'utiliser de manière optimale les fonds publics⁸⁹, ainsi que de soutenir la libre prestation de service et la liberté d'établissement.

Fédéral qui est compétent pour adopter de telles règles (S.L.C.E., avis 48.207/4 donné le 1^{er} juin 2010 sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets et le Livre 1^{er} du Code de l'environnement').

⁸⁵ Lors de l'examen de l'avant-projet de loi qui deviendra la loi du 18 mai 2022 précitée, la section de législation n'a pas émis de réserves quant au principe de l'instauration de telles conditions de financement des hôpitaux en lien avec la rédaction des documents du marché (Voy. S.L.C.E., avis n° 70.026/1-2-3 donné le 28 septembre 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 18 mai 2022 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé').

⁸⁶ La question de la compatibilité des règles adoptées avec la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services du marché intérieur' ne se pose pas, dès lors que cette directive ne couvre pas les services de soins de santé et ne règle pas l'accès à un financement public (voy. notamment les considérants 10 et 22 et l'article 2).

⁸⁷ Projet de loi 'portant des dispositions diverses urgentes en matière de santé', *Doc. Parl.*, Ch., session 2021-2022, n° 55 – 2320/001, p. 80 à 88.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 85 et 86.

⁸⁹ Voy. notamment les considérants 1 et 2 de la directive 2014/24/UE.

Par conséquent, la poursuite de tels objectifs constitue à notre sens une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limitation à la liberté d'entreprendre (voy. *supra* n°15).

35. Se pose encore la question de la pertinence et de la proportionnalité de l'arrêté royal du 13 septembre 2023 au regard de l'objectif poursuivi, ainsi que, plus généralement son admissibilité au regard de la directive 2024/14/UE.

En ce qu'il empêche l'adoption de critères qui ne sont pas liés à l'objet du marché, l'adoption de critères qui reviendraient à remettre en cause l'analyse effectuée par l'autorité compétente concernant l'efficacité, la sécurité ou le profil de qualité du médicament biologique, l'adoption de critères exigeant la fourniture de données cliniques de transfert ou un soutien financier pour ce faire, ainsi que l'existence d'un lien contractuel avec d'autres médicaments, l'arrêté royal du 13 septembre 2023 paraît se limiter à appliquer les principes selon lesquels les critères d'un marché public doivent être liés à son objet et respecter le principe de proportionnalité, ainsi que la loi du 25 mars 1964 'sur les médicaments à usage humain'⁹⁰ et l'autorité qui s'attache aux décisions d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament.

Pour rappel, l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 (qui transpose l'article 18 de la directive 2014/24/UE) rappelle qu'un adjudicateur ne peut concevoir un marché public « dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques ». Des clauses qui auraient un tel objet seraient nécessairement illégales. L'interdiction d'adoption des critères précités paraît également s'inscrire dans cette logique.

36. En ce qu'il impose une relance du marché en cas de modification substantielle de la concurrence (suite à l'introduction d'un nouveau médicament biosimilaire) et en ce qu'il prévoit à cette fin l'insertion de clauses de résiliation et une durée maximale du marché, l'arrêté royal du 13 septembre 2023 ne paraît pas non plus disproportionné ou non pertinent au regard de l'objectif poursuivi ni contraire à la directive 2014/24/UE.

Si la directive 2014/24/UE n'impose pas une durée maximale obligatoire pour les marchés publics⁹¹, il n'en reste pas moins que la durée du marché doit être fixée en tenant compte du principe selon lequel la concurrence ne peut pas être artificiellement limitée. Afin d'assurer le respect de ce principe, le législateur belge a, pour sa part, imposé une règle générale concernant la durée des marchés dans les secteurs classiques. L'article 57, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 prévoit que la « La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser

⁹⁰ L'article 10 de cette loi interdit notamment, sauf exceptions, la fourniture d'avantages en nature aux personnes habilitées à prescrire, à délivrer ou à administrer des médicaments, ainsi qu'aux institutions dans lesquelles ont lieu la prescription, la délivrance ou l'administration de médicament.

⁹¹ L'article 57, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 prévoit quant à lui : « Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. *La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché* » (nous mettons en italique).

quatre ans à partir de la conclusion du marché ». La durée maximale autorisée par l'article 2 de l'arrêté royal du 13 septembre 2023 s'inscrit dans ce délai de quatre ans puisqu'elle prévoit une durée de 24 mois, reconductible deux fois pour une durée de douze mois chacune.

Par ailleurs, la possibilité d'une résiliation anticipée du marché est envisagée par l'article 73 de la directive 2014/24/UE⁹². Cette disposition n'impose qu'une harmonisation minimale sur cette question, ce qui autorise les États membres à définir d'autres hypothèses de résiliation d'un marché. On observe en l'espèce que les clauses de résiliation sont justifiées par le souci de ne pas entraver inutilement la concurrence, ce qui est une préoccupation constante du législateur européen en matière de marchés publics, de nature à justifier leur insertion.

37. L'interdiction de critères de sélection, d'attribution ou de spécifications techniques impliquant l'octroi de rabais en cas de plusieurs lots alors que la concurrence est inexistante pour l'un des lots, ainsi que l'obligation d'allotissement du marché en cas de plusieurs voies d'administration d'un médicament, visent à encourager la concurrence en renforçant certains mécanismes présents au sein de la loi du 17 juin 2016. À nouveau, ces interdictions paraissent s'inscrire dans la philosophie de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 et, plus généralement, de la directive 2014/24/UE.

Concernant plus particulièrement l'allotissement du marché, le considérant 78 de la directive 2014/24/UE précise que « Les États membres devraient demeurer libres d'aller plus loin pour faciliter la participation des PME aux marchés publics, en étendant la portée de l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots de taille plus réduite, en exigeant des adjudicateurs qu'ils motivent leur décision de ne pas diviser les marchés en lots ou en rendant obligatoire une telle division dans certaines conditions ». Cette possibilité est reprise par l'article 46, § 4, de la directive 2014/24/UE. L'adoption de l'arrêté du 13 septembre 2024 concrétise cette possibilité de rendre obligatoire l'allotissement dans certaines conditions.

38. Au vu de ces considérations, la pertinence et la proportionnalité de telles dispositions, ainsi que leur conformité à la directive 2014/24/UE, paraissent admissibles.

39. L'interdiction de critères exigeant que le médicament soit déjà sur le marché pendant une période déterminée pose, par contre, question au regard des articles 56, § 1^{er}, b), et 58 de la directive 2014/24/UE.

Conformément à ces dispositions et tout particulièrement à l'article 58, §§ 3 et 4, de la directive 2014/24/UE, l'adjudicateur a le droit de prévoir des critères de sélection propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité économique et financière pour réaliser le marché. À cette fin, les adjudicateurs peuvent normalement exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché. Ils peuvent également imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience

⁹² Transposé au sein de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' par l'article 62.

nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié tel que par la production de références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

Or, le rapport au Roi de l'arrêté royal du 13 septembre 2023 précise que, en prévoyant l'interdiction de critères exigeant que le médicament soit déjà sur le marché pendant une période déterminée, l'objectif est bien d'interdire, au stade de la sélection qualitative, l'exigence d'un chiffre d'affaires minimum ou la production de références de « bonne exécution », lorsque celles-ci concernent une molécule dont l'exclusivité a récemment expiré.

Ce faisant, l'arrêté royal du 13 septembre 2023 nous paraît susceptible de porter atteinte aux garanties accordées par la directive 2024/14/UE à l'adjudicateur afin de lui permettre de s'assurer de la capacité économique et financière ou de la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire. On rappellera que conformément à l'article 58, § 1^{er}, de la directive, les pouvoirs adjudicateurs sont déjà tenu de « [limiter] ces conditions [de sélection qualitative] à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché »⁹³.

Il nous paraît difficilement soutenable de partir du principe selon lequel l'exigence d'un chiffre d'affaires minimum concernant un médicament donné ou l'exigence de références de « bonne exécution » concernant des marchés précédents en lien avec un tel médicament seraient nécessairement disproportionnées au vu de l'objet du marché et de la finalité poursuivie par les critères de sélection qualitative. Pour ces raisons, la compatibilité d'une telle interdiction avec l'article 58 de la directive 2014/24/UE nous paraît poser question. Une obligation renforcée de motivation quant à la proportionnalité des exigences de sélection qualitative aurait pu constituer une alternative plus prudente au vu de l'objectif poursuivi.

B. EFFECTIVITÉ DE TELLES CLAUSES

40. L'effectivité des exigences posées par l'arrêté royal du 13 septembre 2023 sera probablement principalement garantie par le biais des contrôles juridictionnels exercés à l'égard des décisions et documents du marché en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions'.

L'adoption de l'arrêté royal du 13 septembre 2023 paraît, du reste, témoigner de la volonté du Ministre en charge des Affaires sociales de renforcer les contrôles exercés à ce sujet par l'administration.

On note également que le Service des soins de santé de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité se voit expressément reconnaître un droit d'information de l'Autorité belge de la

⁹³ Passages soulignés par l'auteur.

Concurrence en cas de non-respect de l'obligation de passation d'un marché public dans les délais impartis suite à l'introduction d'un premier biosimilaire.

41. La question se pose de savoir à partir de quand il sera constaté qu'un hôpital ne respecte pas les dispositions de l'article 71*bis* et ses arrêtés d'exécution, de telle sorte qu'il sera fait application de la sanction prévue par l'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994.

Pour rappel, cette dernière disposition ne laisse aucune marge d'appréciation à l'autorité puisqu'elle prévoit que « le montant forfaitaire est réduit [...] pour les hôpitaux qui ne respectent pas les dispositions de l'article 71*bis* et ses arrêtés d'exécution ».

Dès lors que nous sommes dans le cadre d'une sanction, la possibilité d'une régularisation après le constat d'une infraction (par exemple suite à l'adoption d'un arrêt de suspension d'extrême urgence ou d'annulation du Conseil d'État à l'égard des décisions et documents du marché) nous paraît plus difficilement envisageable que dans le cadre d'une condition de subventionnement qui exige le respect de la réglementation en matière de marchés publics et qui aura pour conséquence le remboursement de la subvention en cas de non-respect (voy. *supra* n° 22). La *ratio legis* d'une obligation de remboursement – appliquer la loi de façon à assurer la réalisation de l'intérêt public spécifique poursuivi, en ce compris garantir l'intégrité et la probité du bénéficiaire de la subvention – n'est pas la même que celle d'une sanction – punir le contrevenant. Dans cette dernière hypothèse, si le fait d'avoir régularisé les décisions et documents du marché *a posteriori* permet de mettre fin à l'infraction pour l'avenir, ce seul constat ne suffira pas à faire disparaître l'infraction passée. L'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 prévoit expressément que l'ampleur de la sanction (sa période et le pourcentage de réduction du forfait) peut varier « en fonction de la nature de l'infraction » mais n'envisage pas l'attitude du contrevenant comme un élément de nature à influencer sur la sanction.

Cela étant, il faut également constater qu'à l'heure actuelle, le Roi n'a pas encore adopté l'arrêté royal qui permettra la mise en œuvre de l'article 37, § 3, alinéa 5, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Cette disposition habilite en effet le Roi à déterminer la période et le pourcentage de la réduction appliquée à titre de sanction et à fixer les modalités d'application de ce mécanisme de sanction. Cet arrêté est, à l'évidence, indispensable afin de garantir l'effectivité du mécanisme mis en place.

Section 4. Exigences tenant au délai dans lequel doit être réalisé le marché public

42. Dans certains cas, l'octroi d'une subvention impliquera que le marché public dont l'objet est subventionné soit passé ou exécuté dans un certain délai. À défaut, l'adjudicateur ne sera plus éligible au financement.

Dans une telle hypothèse, les recours introduits à l'encontre des décisions et documents du marché peuvent avoir des conséquences radicales pour le bénéficiaire de la subvention. Toute

suspension d'extrême urgence ou annulation est en effet de nature à retarder le processus d'attribution ou d'exécution du marché dans une mesure telle que les délais de subventionnement ne pourront pas être respectés.

Pour ce motif, il n'est pas rare que l'adjudicateur demande le bénéfice de la balance des intérêts⁹⁴. Le Conseil d'État fait cependant un contrôle (très) strict de cette demande. Selon une jurisprudence constante, il considère que :

« L'activation de la balance des intérêts que permet cette disposition [l'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013] suppose que l'instance de recours reconnaisse la gravité des conséquences auxquelles le pouvoir adjudicateur risque d'être exposé en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qu'elle constate le caractère d'urgence que revêt la situation et qu'elle vérifie que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas, par sa propre attitude, exposé au risque des conséquences redoutées. Il appartient, enfin, à l'instance de recours d'évaluer la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la réfection de l'acte dont la suspension de l'exécution devrait être ordonnée, et ce au regard tant du (des) motif(s) qui, en réponse au(x) moyen(s), justifierai(ent) la suspension sollicitée que de la proximité de l'échéance au-delà de laquelle le risque des conséquences graves redoutées devrait se réaliser ».

Dans ce cadre, le Conseil d'État estime qu'il ne suffit pas d'invoquer la perte de l'existence d'un subventionnement pour pouvoir justifier l'application de la balance des intérêts. Il ne suffit pas non plus de démontrer que l'enjeu au regard duquel le marché litigieux a été organisé relève de l'intérêt général.

Outre la démonstration du fait que l'irrégularité ayant été retenue par le Conseil d'État ne pourrait pas être corrigée à brève échéance et que l'adjudicateur n'a pas lui-même contribué à la situation qu'il dénonce, il appartiendra à l'adjudicateur débaillant de démontrer qu'il ne serait pas en mesure d'obtenir d'autres sources de financement. En outre, la seule circonstance que le marché ne pourra jamais être exécuté à cause de la disparition de son financement ne suffit pas à conclure à la gravité de la situation. Il incombe à l'adjudicateur d'établir concrètement l'impact que la perte de financement aurait sur les intérêts publics⁹⁵.

Dans un arrêt récent concernant les effets d'un arrêt de suspension d'extrême urgence sur les possibilités de subventionnement de la construction d'un bâtiment scolaire, le Conseil d'État a rejeté la demande de balance des intérêts au motif que :

« - la lacune de motivation formelle qui ressort de l'examen de la seconde branche du moyen unique et conduit à le déclarer sérieux peut être corrigée à très brève échéance ;
- la partie adverse s'est exposée au risque des conséquences redoutées, en ayant elle-même contribué à la situation qu'elle dénonce aujourd'hui dans sa note, puisqu'elle n'a pas respecté l'objectif intermédiaire fixé dans l'accord de principe du 4 juillet 2022, à savoir l'objectif d'attribution du marché pour le 10 avril 2023. Elle a, en effet, déjà entamé

⁹⁴ Article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions'.

⁹⁵ C.E., 22 décembre 2023, n° 258.317, S.A. JORDAN ; C.E., 23 mars 2023, n° 256.129, SOTRALIEGE ; C.E., 8 août 2022, n° 254.317, Société de droit Autrichien PROCOMCURE BIOTECH.

la procédure de passation du marché avec retard, puisque les avis de marché au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne ont été respectivement publiés les 9 et 12 mai 2023 ;

- la partie adverse prétend que des moyens provenant d'autres sources de financement ne pourraient être obtenus en cas de perte du subventionnement en cause ; à l'appui de cette affirmation, elle se prévaut d'un motif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'elle cite et qui met en exergue le caractère exceptionnel de l'opération entreprise par l'Union européenne. L'invocation de ce motif ne permet pas de démontrer concrètement la vraisemblance d'un tel risque et l'impact que la réalisation de celui-ci aurait sur les intérêts publics. S'il se conçoit que le subventionnement européen constitue une opportunité méritant d'être saisie, la partie adverse reste en défaut d'exposer, à l'aide d'éléments pertinents au regard du cas d'espèce, en quoi la construction du bâtiment scolaire serait nécessairement et irrémédiablement abandonnée dans la situation qu'elle déclare redouter et qu'elles en seraient les conséquences sur l'organisation de l'enseignement et l'accueil des personnes susceptibles de fréquenter l'établissement concerné.

Dans ces circonstances, il n'est pas établi que les conséquences négatives d'un arrêt de suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages. Il ne peut, en conséquence, être fait obstacle, au nom de cette « balance des intérêts », à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué »⁹⁶.

L'adjudicateur débaillant veillera dès lors à justifier de manière minutieuse sa demande de balance des intérêts dans l'hypothèse d'une perte potentielle de subvention.

L'on gardera par ailleurs à l'esprit qu'une demande de balance des intérêts n'aura de sens que dans l'hypothèse où l'octroi et le maintien de la subvention ne sont pas conditionnés à la régularité de la procédure de passation. Une demande de balance des intérêts ne s'envisage en effet que lorsqu'un constat d'illégalité a été posé. Or un tel constat s'imposera à l'autorité subsidiaire comme révélant la méconnaissance d'une condition d'emploi de la subvention. Celle-ci sera alors tenue d'exiger le remboursement de la subvention ou de refuser sa liquidation.

CONCLUSION

Les liens entre subventionnements et marchés publics sont nombreux. Il s'agit là de deux instruments de politique publique qui se rencontrent dans leur souci de garantir une bonne utilisation des deniers publics lors de la poursuite d'intérêts publics spécifiques (à charge cependant pour les bénéficiaires des subventions d'arriver à jongler avec les subtilités et le formalisme de la matière des marchés publics et du régime de la subvention). L'utilisation de telles clauses est notamment encouragée par la réglementation en matière de marchés publics qui autorise expressément toute autorité subsidiaire à imposer son respect lors de l'utilisation d'une subvention.

⁹⁶ C.E., 26 janvier 2024, n° 258.616, S.A. *TRADECO BELGIUM*.

En droit belge, le recours aux clauses de subventionnement en lien avec les marchés publics – qui peut prendre diverses formes – soulève la délicate question de la répartition des compétences, dont les contours ne sont pas toujours évidents à définir en pratique. Nous avons notamment vu que si les régions sont compétentes pour mener une politique environnementale spécifique, elles ne sont, par contre, pas compétentes pour limiter, de manière générale, le pouvoir d'appréciation des adjudicateurs qui relèvent de leur compétence, quant à la définition des spécifications techniques et des conditions de sélection, d'attribution et d'exécution de leurs marchés publics afin de favoriser des marchés ayant un impact positif sur l'environnement, sous peine d'empiéter sur la compétence générale du législateur fédéral en matière de marchés publics. On constate que l'utilisation en Belgique de clauses de subventionnement en lien avec les marchés publics, en tant qu'outils obligatoires de promotion de certaines politiques environnementales mais également éthiques ou sociales reste, sous cet angle, complexe. Si la réflexion liée à l'utilisation de ce type de clauses en tant qu'instrument de politique publique paraît très présente au sein de certaines entités fédérées, c'est par contre un terrain sur lequel le législateur fédéral ne semble pas souhaiter s'aventurer.

Le législateur fédéral n'a, par contre, pas hésité à utiliser sa compétence générale en matière de marchés publics pour durcir le cadre à l'égard d'opérateurs économiques (les hôpitaux) qu'il estimait mauvais élèves en matière de marchés publics de médicaments. La légalité de cette intervention paraît globalement admissible, notamment au regard de la liberté d'entreprendre et de la directive 2014/24/UE, sous une réserve.

Les différentes clauses de subventionnement en lien avec les marchés publics sont des clauses qui sont susceptibles de disposer, dans l'ensemble, d'une certaine effectivité. Le constat de leur non-respect est, en effet, facilité par le caractère formaliste d'une procédure d'attribution et d'exécution d'un marché public dont le contrôle peut être facilement intégré au sein de la procédure de subvention elle-même. Une demande de remboursement de la subvention ou de refus de liquidation de celle-ci reposant sur la mise en cause, par l'autorité subsidiaire, du respect, par le bénéficiaire, de la clause en lien avec les marchés publics, devra faire l'objet d'une motivation adéquate. La régularité de cette décision pourra être contestée devant, le cas échéant, l'autorité de tutelle, le Conseil d'État ou le juge judiciaire selon le cas. La question de l'objet véritable du recours risque cependant de complexifier, en pratique, les recours à l'encontre de telles décisions. Une difficulté pourrait également survenir en cas de contrôle parallèle du respect de la clause en lien avec les marchés publics, d'une part, par l'autorité qui exerce un contrôle de tutelle à l'égard de l'autorité bénéficiaire de la subvention et, d'autre part, par l'autorité subsidiaire. Ces deux autorités de contrôle pourraient en effet aboutir à des décisions contradictoires pouvant chacune faire l'objet d'un contrôle juridictionnel distinct.

Un constat d'illégalité sera cependant facilité par l'existence de voies de recours permettant d'obtenir rapidement un arrêt se prononçant, ne fût-ce que de manière provisoire, sur la légalité du marché public et, partant, indirectement sur le respect des conditions de subventionnement.

Les exigences liées aux marchés publics présenteront la difficulté, pour le bénéficiaire de la subvention, de devoir maîtriser les subtilités juridiques de la procédure, afin de limiter, autant que

faire se peut, les risques de contestations. Si un recours déclaré fondé ou sérieux ne devrait pas nécessairement être synonyme de perte de la subvention – une réaction n’étant, selon nous, pas interdite par le principe de la condition de subventionnement –, il pourra fortement complexifier la situation administrative du bénéficiaire de la subvention.

L’invocation du mécanisme dit de « la balance des intérêts » n’aura, du reste, de sens que dans l’hypothèse où la subvention n’est pas conditionnée à la régularité de la procédure de passation du marché public. Dans ce cas de figure, si celle-ci permettra de préserver l’intérêt général jugé supérieur, encore faut-il que celui-ci soit adéquatement démontré.

Pauline Lagasse
Auditrice au Conseil d’État
Assistante à l’Université UCLouvain
Saint-Louis Bruxelles