

Recherche

Mot(s)-clé(s)

[Rechercher]

Home

Actualités

Fiches

Jobs

Contrats

Répertoire

Ouvrages

Codes

Echos

Annuaire

Newsletter

E-mail

[S'inscrire]

Updates

Jobs

REF 2.0

Actualités

ESS 2.0

Twitter

Follow us on
twitter

Facebook

Find us on
Facebook

Imprimer cet article



Transposition des Directives marchés publics. Etat des lieux après les arrêts C-287/07 et C-292/07

Par Irène Mathy [Stubbe]

Vendredi 18.09.09

La Cour de Justice condamne la Belgique dans le cadre de la transposition de parties des Directives relatives aux marchés publics dans deux arrêts C-287/07 et C-292/07 du 23 avril 2009. Cet article synthétise les principales critiques de la Cour et dresse un état de la situation actuelle.

Procédures en manquement

En 2006, la Commission européenne a introduit deux recours contre la Belgique en raison de son exécution défectueuse des Directives relatives aux marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE (procédure en manquement art. 226 Traité CE) (cf. Note 1). La Cour de Justice a, dans deux arrêts du 23 avril 2009, condamné la Belgique pour 35 des 36 griefs soulevés par la Commission (cf. Note 2).

Les dispositions dont la Cour estime qu'elles n'ont pas été correctement transposées peuvent être réparties en trois groupes :

1° La première et plus importante partie des griefs de la Commission a trait aux dispositions qui n'ont pas, ou alors de manière inadéquate, été transposées en droit belge.

2° Un deuxième groupe rassemble les dispositions qui ont été transposées en droit belge par la loi du 15 juin 2006 (cf. Note 3). Ces dispositions ne sont cependant pas encore entrées en vigueur, leurs arrêtés d'exécution se faisant attendre depuis déjà un certain temps.

3° Une dernière série de dispositions ont été transposées tardivement en droit belge par l'A.R. du 23 novembre 2007, qui fut encore adopté dans le courant de la procédure pendante devant la Cour (cf. Note 4).

Nous examinons, dans chaque catégorie, les dispositions les plus importantes, et indiquons ce qu'il en est à leur propos.

Dispositions non/mal transposées

La plupart des manquements relevés par la Commission consistent en la non ou mauvaise transposition des Directives. Sur de nombreux griefs, l'Etat belge s'est défendu en arguant que les dispositions non transposées devaient être lues comme de simples applications des principes généraux de l'ordre juridique belge ou du droit des marchés publics (par exemple le principe "l'accessoire suit le principal", considérant 86, C-287/07; le principe de concurrence loyale, considérant 102, C-287/07; l'interdiction de l'abus de droit, considérant 102, C-287/07; le principe d'égalité et de non-discrimination, considérant 163, C-287/07 et considérant 104, C-292/07). L'Etat belge a également indiqué, sur certains points, que les dispositions en cause pouvaient déjà être implicitement déduites de la structure de la législation ou d'autres dispositions formulées en des termes plus généraux (voyez par exemple considérant 124 C-292/07; considérant 149, C-287/07; considérant 175, C-292/07) ou encore que la jurisprudence belge avait reconnu les principes découlant desdites dispositions (procédure négociée pour urgence impérieuse, considérant 119, C-292/07). Même là où la Cour de Justice pouvait en partie suivre un tel raisonnement, elle n'en a pas moins considéré, sur base de sa jurisprudence constante, qu'il devait être tenu compte de la sécurité juridique et de la spécificité de la situation réglée par les dispositions concernées, qui requerraient donc une transposition explicite et précise (voyez considérant 69, C-287/07, et par exemple considérant 182, C-292/07).

On retiendra, parmi les manquements constatés :

Concernant les marchés publics dans les secteurs classiques:

- Pour l'évaluation de la valeur estimée des marchés, accords cadres et les systèmes d'acquisition dynamique, le droit communautaire impose de prendre en considération les éventuelles prolongations du contrat. Bien que la transposition d'une directive ne doive pas nécessairement consister en une reproduction littérale de la directive dans le droit national, les Etats membres doivent adapter leur ordre juridique de telle sorte que la directive y reçoive son plein effet. La clarté et la précision sont à cet égard essentielles afin de garantir la sécurité juridique. Ces qualités font en l'espèce défaut à la réglementation belge, selon la Cour. Le droit belge utilise, plutôt que 'éventuelles prolongations du contrat', l'expression apparemment identique 'marchés successifs', mais la Cour ne l'accepte pas. Une terminologie confuse provoque l'insécurité juridique, et la Belgique a donc manqué à son obligation de transposition.

- Pour l'estimation de la valeur d'un marché qui est attribué à l'issue d'un concours de projets (cf. Note 5), le législateur belge a omis de prévoir qu'il devait être tenu compte des primes de participation (cf. Note 6).

LEGAL JOBS

Stagiaire /
collaborateur
bilingue FR/NL
19.02.14

Alterys
Lise & Mathieu

Collaborateur
H/F
19.02.14

Avocat(e)
Collaborateur(tri)
17.02.14

NEELIS

Avocat(e)
(H/F)
francophone
en Droit de ...
17.02.14

AVOYER

Voir tous les jobs
Publiez votre offre

ECHOS CARRIERE



Jean-François Derroitte
promu associé au sein de
Philippe & Partners
[Lundi 03.02.14]

Dal & Veldekens

Arnaud Gillard devient
associé de Dal &
Veldekens
[Lundi 06.01.14]

Dal & Veldekens

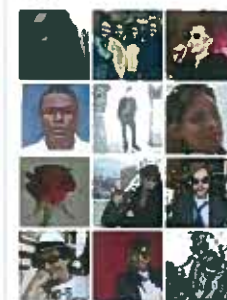
Pierre Goffinet rejoint Dal
& Veldekens en tant
qu'associé
[Dimanche 05.01.14]

Toutes les news carrière

Retrouvez-nous sur Facebook

DroitBelge.Net
J'aime

2 468 personnes aiment DroitBelge.Net.



Facebook social Expansion

- Un autre grief a trait à la procédure négociée avec publicité organisée en phases successives. Au fil de ces phases, le nombre de soumissionnaires est progressivement réduit, et ceci est uniquement possible, en vertu de la Directive 2004/18/CE sur la base de critères d'attribution repris dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges (cf. Note 7). La Belgique n'a toutefois pas repris cette restriction dans sa réglementation.
- Par ailleurs, le législateur européen impose aux pouvoirs adjudicateurs, pour la détermination des délais de réception des soumissions et demandes de participation, de toujours prendre en considération la complexité du marché et le temps nécessaire pour leur préparation. Le droit belge ne prévoit toutefois une prolongation des délais que pour des cas particuliers, sans consacrer cette règle générale (cf. Note 8).
- Selon l'Europe, les informations et exigences minimales en matière de capacité et de compétences des candidats et soumissionnaires doivent également se rapporter à et présenter un lien avec l'objet du marché (cf. Note 9). Cette obligation n'a pas été expressément transposée en droit belge.
- Le législateur belge a également omis de prévoir qu'un entrepreneur peut déclarer sur l'honneur ou sur la base d'un certificat qui répond aux conditions énoncées dans la Directive, qu'il dispose des pouvoirs nécessaires afin d'exercer son recours. La réglementation belge est, sur ce point, plus restrictive que ce que la Directive impose (cf. Note 10).
- Pour la justification d'une soumission anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit entre autres tenir compte des conditions de travail qui sont d'application au lieu où le marché est exécuté. Cette règle doit selon la Cour être transposée de manière explicite en droit national, parce que les soumissionnaires en tirent le droit de faire entendre pareille justification. Les dispositions actuelles du droit belge prennent uniquement en considération les raisons techniques, les conditions exceptionnellement favorables et l'originalité de la solution, et visent donc trop court (cf. Note 11).
- Enfin, les dispositions de la Directive relatives aux concours de projets ont été transposées de manière incomplète en droit belge, notamment quant aux exclusions prévues du champ d'application (cf. Note 12), à l'objectivité des critères de sélection à utiliser (cf. Note 13), et à l'indépendance du jury (cf. Note 14).

Concernant les marchés publics dans les secteurs spéciaux:

- La Cour condamne le législateur belge parce qu'il a exclu à tort de la définition des services de catégorie B les marchés visant l'achat, le développement, la production, ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion, et les marchés concernant les temps de diffusion (cf. Note 15).
- Un autre grief a trait à la sélection des candidats, lorsque, dans le cadre d'un concours de projets, seul un nombre limité de candidats sera invité au concours. Cette sélection doit s'effectuer sur la base de critères clairs et non-discriminatoires (cf. Note 16). La Belgique n'a toutefois pas repris expressément cette restriction dans sa réglementation.
- Dans cet arrêt également, la Cour a estimé que la réglementation belge n'avait pas prévu que, pour la justification d'une souscription anormalement basse, il pouvait être tenu compte des conditions de travail qui sont d'application au lieu où le marché doit être exécuté (Voyez également ci-dessus) (cf. Note 17).
- De même, dans le cadre de l'examen de la transposition de la Directive 2004/17, la Cour a également constaté que le législateur belge avait omis de prévoir de manière générale qu'en matière de détermination des délais de réception des offres et demandes de participations, il devait toujours être tenu compte de la complexité du marché et du temps nécessaire à leur préparation (cf. Note 18).
- En outre, la Cour estime que les règles relatives aux moyens de communications ne sont pas adéquatement transposées (entre autres en ce qui concerne les moyens autorisés et la confidentialité).
- L'obligation de motiver les décisions de non-attribution doit être reprise expressément dans la législation (cf. Note 19).
- Comme déjà observé concernant la réglementation des secteurs classiques, la Cour estime que les dispositions de la Directive sur les concours de projets ont été transposées de manière incomplète en droit belge, notamment quant à l'objectivité des critères de sélection à appliquer (cf. Note 20).

Dispositions transposées, mais pas encore entrées en vigueur

Un certain nombre de dispositions des Directives sont effectivement introduites par la loi du 15 juillet 2006 dans le droit belge, mais ne sont pas encore entrées en vigueur, dans l'attente de leurs arrêtés d'exécution. La liste des activités qui sont pertinentes pour la compréhension de la notion 'marchés publics de travaux' (NACE), par exemple, se trouve actualisée dans les Directives de 2004 (cf. Note 21). Ces annexes sont reprises dans la nouvelle loi, mais ne sont jusqu'ores pas en vigueur (cf. Note 22). La confirmation expresse du principe d'égalité dans le cadre de la procédure négociée et son impact sur cette procédure, tel qu'il ressort de l'article 26, § 3, de la loi du 15 juin 2006, n'est pas encore entré en vigueur (cf. Note 23). L'interdiction d'abuser de la procédure des accords-cadres a été reprise à l'article 32 de la loi du 15 juin 2006, mais n'est pas plus en vigueur (cf. Note 24).

Dispositions transposées tardivement

Une dernière série de dispositions ont déjà été transposées, durant la procédure devant la Cour, dans la législation belge et ce par l'A.R. du 23 novembre 2007 (cf. Note 25). On peut dès lors s'en référer à cet arrêté. Etant donné que la Cour s'est toutefois, conformément à sa jurisprudence constante (cf. Note 26), limitée à constater que la transposition était intervenue tardivement (et qu'il y a donc lieu d'y voir une violation du droit communautaire), sans examiner si cette transposition est conforme aux Directives, d'éventuels manquements

commis dans le cadre de cette transposition ne sont pas exclus. Ainsi, le droit communautaire accorde aux soumissionnaires le droit de justifier une offre anormalement basse par l'obtention d'une aide d'Etat régulière (cf. Note 27). Le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet d'A.R., a attiré l'attention sur le fait que cette possibilité manquait dans le nouvel A.R., mais le Roi n'a malgré cet avertissement pas repris cette disposition dans le texte (cf. Note 28). Eu égard à la sévérité avec laquelle la Cour juge la transposition sur le plan de la clarté, de la précision et de la sécurité juridique, l'A.R. n'est sans doute pas satisfaisant sur ce point. Il en va de même pour la possibilité offerte aux entrepreneurs de démontrer leur capacité technique par l'exposé des mesures en matière de gestion environnementale qu'ils peuvent appliquer. L'A.R. prévoit uniquement l'obligation générale de prendre en considération le savoir-faire, l'expérience et la fiabilité, par laquelle il n'est donc pas garanti que l'attention du pouvoir adjudicateur se porte sur les mesures en matière de gestion environnementale (cf. Note 29). La Directive, au contraire, reconnaît explicitement le droit de démontrer sa capacité technique sur la base de telles mesures (cf. Note 30).

Et maintenant ?

Selon la Cour de Justice, l'Etat membre condamné doit immédiatement et aussi vite que possible prendre des mesures de nature à faire disparaître les manquements constatés (cf. Note 31). Dans l'attente de cette transposition complémentaire des Directives, il est possible, dans l'intervalle, d'invoquer les dispositions directement applicables afin de leur donner effet dans l'ordre juridique national. Bien que la Cour de Justice exclue en principe qu'une Directive soit invoquée à l'encontre d'un particulier, les particuliers ont, eux, le droit d'invoquer les dispositions directement applicables et un tiers doit subir les conséquences de cette invocation faite vis-à-vis de l'autorité (effet horizontal indirect).

La transposition des Directives relatives aux marchés publics emprunte en Belgique des chemins tortueux et difficiles. Les lois des 15 et 16 juin 2006 constituent une avancée fondamentale, mais le manque persistant d'arrêtés d'exécution a pour effet d'en empêcher encore l'entrée en vigueur complète. Durant la procédure devant la Cour de Justice, le Roi a promulgué l'A.R. du 23 novembre 2007, à la suite de quoi la Commission a restreint son recours. La Cour a malgré les dispositions de l'A.R. constaté la tardiveté de la transposition. Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur le contenu de ces dispositions tardives, il semble que celles-ci recèlent encore de nouvelles carences. En tout état de cause, l'approche réactive et au coup par coup de l'autorité réglementaire belge complique l'application et le respect du droit des marchés publics.

Irène Mathy

Avocate au barreau de Bruxelles - STIBBE - Association d'avocats

Notes:

(1) La Commission a parallèlement engagé en 2008 une procédure en constatation de manquement contre la Belgique pour transposition fautive des Directives en ce qui concerne la protection juridictionnelle des candidats et soumissionnaires. Il en est résulté l'adoption de l'arrêté royal du 31 juillet 2008 modifiant certains arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* 18 août 2008.

(2) Le grief non retenu concerne les conventions conclues dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Voyez C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 81-85.

(3) Voyez la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* 15 février 2007.

(4) Voyez A.R. 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, *M.B.* 7 décembre 2007.

(5) Art. 67, § 2, Directive 2004/18.

(6) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 169-173.

(7) Voyez C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 112-116.

(8) Voyez art. 38, § 1 Directive 2004/18/EG et art. 7, 33 et 59, chaque fois alinéa 1 A.R. 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.* 26 janvier 1996, *err.* 25 février 1997. Voyez aussi art. 45 § 1 Directive 2004/17/EG et art. 8, § 1 A.R. 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *M.B.* 26 janvier 1996, ainsi que art. 11, § 2, alinéa 2 A.R. 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *M.B.* 25 juin 1996. Voyez C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 125-129.

(9) Voyez art. 44, § 2, alinéa 2 Directive 2004/18/EG. Voyez C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 136-141.

(10) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 147-152.

(11) Voyez art. 110, § 3, alinéa 3, A.R. 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, M.B. 26 janvier 1996, err. 25 février 1997.

Voyez C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 157-163.

(12) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 174-178.

(13) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 179-185.

(14) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 186-190.

(15) Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 89-94.

Cette exclusion est bien prévue à l'Annexe II de la Directive 2004/18/CE. Eu égard au champ d'application de la Directive 2004/17/CE, il est douteux que l'arrêt de la Cour ait un impact important sur ce point.

(16) Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 175-183.

(17) Voyez également art. 98, § 3 A.R. 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B. 26 janvier 1996 et art. 16 A.R. 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B. 25 juin 1996.

Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 123-128.

(18) Voyez art. 45 § 1 Directive 2004/17/CE et art. 8, § 1 A.R. 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B. 26 janvier 1996, ainsi que art. 11, § 2, alinéa 2 A.R. 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B. 25 juin 1996.

Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 127-133.

(19) Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 148-150.

(20) C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 175-183.

(21) Voyez Directive 2004/17/CE, annexe XII et Directive 2004/18/CE, annexe I.

(22) Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérants 71-80; C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], 72-80.

(23) C.J.C.E., C-292/07, *Commission c. Belgique* [2009], 103-112.

(24) Voyez C.J.C.E., C-287/07, *Commission c. Belgique* [2009], considérant 109.

(25) Par exemple les articles 9, 34, § 2, 52, § 3, et 57, § 3, deuxième phrase, de la Directive 2004/17/CE et articles 23, § 2, 48, § 2, f, 55, § 1, 2e al, e, et § 3, de la Directive 2004/18/CE.

(26) C.J.C.E., C-90/07, *Commission c. Belgique*, 12 juillet 2007.

(27) Voyez art. 55, § 1, alinéa 2, e) et § 3 Directive 2004/18/CE.

(28) Voyez Avis du Conseil d'Etat n° 43.784/1 du 8 novembre 2007, publié en annexe à l'A.R. 23 novembre 2007, M.B. 7 décembre 2007.

(29) Voyez art. 12 et 16 A.R. 23 novembre 2007.

(30) art. 48, § 2, f) Directive 2004/18/CE.

(31) Voyez C.J.C.E., 169/87, *Commission c. France* [1987], considérant 14.



Abonnez-vous gratuitement à la newsletter de DroitBelge.Net !

Recherchez gratuitement dans les archives

Pour rechercher une ou plusieurs actualités sur DroitBelge.Net, entrez une date ou une période et/ou précisez un mot clef.

Date/Période du au (JJMMAA) et/ou mot clef

(cliquez ici pour voir toutes les actualités)