

COMMENTAIRES DE LA LOI DU 8 FÉVRIER 2023 MODIFIANT LA LOI DU 17 JUIN 2016 RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS ET LA LOI DU 17 JUIN 2016 RELATIVE AUX CONTRATS DE CONCESSION, EN CE QUI CONCERNE LA GOUVERNANCE

BÉRÉNICE WATHELET

AVOCATE AU BARREAU
DE BRUXELLES

GAUTHIER DRESSE

AVOCAT AU BARREAU
DE BRUXELLES ET
COLLABORATEUR
SCIENTIFIQUE AU CENTRE
MONTESQUIEU D'ÉTUDES
DE L'ACTION PUBLIQUE

INTRODUCTION

1.- Le 16 février 2023, était publiée, au Moniteur belge, la loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance (ci-après « la loi du 8 février 2023 »)¹.

Hasard du calendrier ou réaction aux récents faits d'actualité ayant ébranlé le Parlement wallon durant le second semestre de l'année 2022 en ce qui concerne l'attribution de ses marchés publics², peu importe, le législateur fédéral a adopté le 8 février dernier une loi relative aux marchés publics et aux concessions ayant pour objectif de « faciliter le monitoring en général en modifiant la méthode de collecte des données de différentes manières »³ et visant « à obtenir une plus grande transparence »⁴.

2.- Ces objectifs ont en partie comme but de transposer et de mettre en œuvre le considérant 121 et les articles 85 et 86 de la directive 2014/24 du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

3.- La présente contribution analyse d'abord les modifications apportées par la loi du 8 février 2023 et ses impacts pour les adjudicateurs et les opérateurs économiques. Ensuite, une brève critique de la loi est dressée. Enfin, au vu des événements d'actualité indiqués ci-contre, les auteurs interrogent le titre de la loi et son lien avec la gouvernance.

SECTION 1. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DU 8 FÉVRIER 2023

4.- Il semble que les modifications les plus importantes de la loi du 8 février 2023 puissent être classées en quatre catégories : les règles applicables aux moyens de communication électroniques (§1) ; l'extension de l'obligation de publication d'un avis d'attribution de marché visée par l'article 62 de la loi du 17 juin 2016 et la création d'un avis de renonciation à l'attribution du marché au sens de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 (§2) ; le cas des accords-cadres (§3) ; le cas des marchés de faible montant (§4).

1 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023.

2 Le soir, 17 novembre 2022, Parlement wallon : des marchés publics qui sentent le souffre, consulté le 08 mars 2023 sur : <https://www.lesoir.be/477502/article/2022-11-17/parlement-wallon-des-marches-publics-qui-sentent-le-souffre>

3 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Exposé des motifs, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 4 et 5.

4 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Exposé des motifs, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 5.

§1. Les règles applicables aux moyens de communication électroniques : fin de l'exception pour les procédures négociées sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne

5.- Afin de poursuivre les objectifs fixés par la loi identifiés ci-dessus, l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est modifié.

Cet article relatif aux règles applicables aux moyens de communication électroniques, prévoit en son alinéa 2 une série d'exceptions dans le cadre desquelles l'adjudicateur n'est pas tenu de faire usage des moyens de communication électroniques.

6.- La loi du 8 février 2023 abroge une exception importante à l'obligation de l'usage des moyens de communication électroniques. À savoir, celle visant la passation d'un marché public selon la procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne⁵.

Pour les adjudicateurs et les opérateurs économiques, l'abrogation de cette exception n'est pas sans impact. En effet, pour les marchés passés selon la procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, l'utilisation des plateformes électroniques sera obligatoire pour la soumission des offres dès le 1^{er} septembre 2023⁶. Pour les opérateurs économiques participant habituellement à ce type de procédure, le législateur estime que l'inscription obligatoire sur une plateforme électronique, pour soumettre leur offre, leur sera bénéfique en ce que grâce à cette inscription, ils auront accès plus régulièrement aux plateformes électroniques et pourront y activer, par exemple, des alertes⁷. Le législateur estime à cet égard que cela facilitera la participation des PME aux marchés publics passés selon une procédure ouverte ou négociée avec publication préalable⁸.

7.- Cette modification n'emporte cependant aucun changement quant à l'utilisation des moyens de communication électroniques pour les mini-compétitions. L'adjudicateur aura toujours le choix de faire usage des plateformes électroniques ou non pour l'attribution de ses marchés subséquents⁹.

8.- La modification ici analysée emporte également un changement pour les adjudicateurs qui devront nécessairement récolter les offres par le biais d'une plateforme électronique et ne pourront plus se contenter de prescrire le dépôt des offres par courriel ou envoi recommandé.

§2. L'avis d'attribution de marché pour les marchés publics dont les montants estimés sont inférieurs ou égaux aux seuils européens : une obligation étendue

9.- Dans un premier temps, la loi du 8 février 2023 a modifié l'article 62 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle y insère un alinéa obligeant l'adjudicateur à envoyer un avis d'attribution de marché simplifié relatif aux résultats de la procédure de passation, au service fédéral compétent, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens et ce dans un délai de trente jours après la conclusion du marché¹⁰. Le contenu précis de cet avis de marché simplifié doit encore être fixé par un arrêté royal.

L'objectif ultime étant que ces données soient rendues publiques par un mécanisme de publicité fixé par l'article 62, alinéa 7 de la loi du 17 juin 2016 prévoyant la publication d'un indicateur reflétant le respect de l'obligation de monitoring par l'adjudicateur, sur une plateforme électronique, par le SPF BOSA.

L'extension du champ d'application de l'obligation de monitoring est également valable pour les marchés relevant des secteurs spéciaux¹¹.

10.- Dans un second temps, afin de disposer de données complètes, le législateur a également prévu qu'en cas de renonciation à attribuer le marché ou lorsque l'adjudica-

5 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 2.

6 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires article par article, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 8.

7 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires article par article, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 8.

8 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires article par article, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 8.

9 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires article par article, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 9.

10 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 1^o.

11 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 5 et Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 12.

teur décide de recommencer la procédure du marché¹², l'adjudicateur devrait publier la décision de non-attribution dans la forme prescrite par le nouvel alinéa 2 de l'article 62 de la loi du 17 juin 2016.

11.- En conclusion, la loi du 8 février 2023 a pour conséquence de mettre à charge des adjudicateurs une obligation de communication, via un avis de marché simplifié, de l'attribution des marchés ainsi que des cas d'abandon de procédures. En outre, le SPF BOSA devra mettre en œuvre un indicateur reflétant le respect de l'obligation de publication des avis d'attribution de marché simplifié ou des avis de non-attribution.

§3. Une attention particulière donnée aux accords-cadres

12.- La loi du 8 février 2023 et son projet de loi semblent accorder une attention particulière aux accords-cadres, compte tenu de leur utilisation croissante¹³.

13.- Tout d'abord, afin de répondre à l'objectif de la loi du 8 février 2023, les adjudicateurs auront désormais l'obligation de communiquer chaque année la valeur totale des marchés passés sur la base de ces accords-cadres au cours de l'année précédente, dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne¹⁴. Cette obligation entre en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Cette communication doit intervenir au plus tard le 15 février de l'année N+1. La communication sera ventilée par opérateur économique ayant bénéficié de l'attribution d'un marché subséquent et selon qu'il s'agisse d'un marché de travaux, de services ou de fournitures¹⁵. Cette communication comprendra l'identification de l'entreprise bénéficiaire à la Banque-Carrefour des entreprises¹⁶. À ces fins, il sera mis à la disposition des adjudicateurs un formulaire électronique par le service fédéral compétent, à savoir, le SPF BOSA¹⁷. Ce dernier est chargé de dresser et publier un indicateur reflétant le bon

respect de cette obligation par les adjudicateurs, sur une plateforme électronique¹⁸.

14.- Ensuite, le législateur s'écartant quelque peu de l'objectif *stricto sensu* de la loi du 8 février 2023 indique dans les travaux préparatoires un ensemble de considérations importantes pour les adjudicateurs quant au contrôle continu de l'accord-cadre et à la fixation des quantités maximales de l'accord cadre¹⁹. Dans un premier temps, le législateur indique que cette obligation de communication de la valeur totale des accords-cadres passés au cours d'une année ne remplace pas l'obligation de l'adjudicateur d'avoir un contrôle continu sur l'accord-cadre qu'il a passé²⁰. Le législateur, en faisant directement référence à l'arrêt *Simonsen and Weel* rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne en la matière²¹, indique que ce contrôle continu s'opère par la fixation d'une quantité ou d'une valeur maximale que l'adjudicateur devra veiller à ne pas dépasser faute de quoi son accord-cadre sera privé de ses effets²².

En outre, les travaux préparatoires ne font pas état de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 14 juillet 2022 nuançant l'enseignement de l'arrêt *Simonsen and Weel* en indiquant : « un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle de cet accord-cadre »²³.

12 Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016, art. 85.

13 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaire des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 10.

14 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 2^o.

15 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 2^o.

16 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 2^o.

17 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 2^o.

18 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 4, 2^o.

19 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaire des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 10 et 11.

20 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaire des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 10.

21 C.J.U.E., C-216/17 du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecarnonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)* et C.J.U.E., C-23/20 du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*.

22 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaire des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001, p. 11.

23 C.J.U.E., C-274/21 et C-275/21 du 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.*

§4. L'obligation de reporting annuel pour les marchés de faible montant

15.- Enfin, la loi du 17 juin 2016 modifiée par la loi du 8 février 2023 oblige les adjudicateurs à transmettre la valeur totale des marchés de faible montant passés l'année précédente, au plus tard pour le 15 février de l'année suivante²⁴. Cette valeur est ventilée par entreprise bénéficiaire suivant le type de marchés. Cette obligation entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Les adjudicateurs utiliseront pour communiquer ces données, le formulaire qui sera mis à disposition par le SPF BOSA²⁵.

16.- Une exception importante y est introduite. Les adjudicateurs ne doivent pas respecter cette obligation pour les marchés dont le montant estimé est inférieur à 3.000 EUR HTVA²⁶.

17.- À nouveau, le SPF BOSA sera chargé de publier, sur une plateforme électronique, un indicateur reflétant le bon respect ou non de l'obligation de communication par les adjudicateurs, des données relatives aux marchés de faible montant dont la valeur est supérieure ou égale à 3.000 EUR HTVA²⁷.

SECTION 2. VISION CRITIQUE DE LA LOI DU 8 FÉVRIER 2023

§1. Le champ d'application de la loi du 8 février 2023:

18.- L'on peut se réjouir de voir le législateur fédéral se saisir des questions de gouvernance dans les marchés publics. Toutefois, malgré ce constat favorable, il est permis de s'interroger sur l'effectivité de la loi 8 février 2023.

19.- Dans un premier temps, l'on constate que le champ d'application de l'obligation de communication est étendu à la renonciation à l'attribution du marché au sens de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux marchés attribués dont le montant estimé

est inférieur aux seuils européens. Pour préciser le champ d'application de cette obligation, il est utile de définir le terme de « *marchés conclus* ». La conclusion du marché est définie comme « *la naissance du lien contractuel entre l'adjudicateur et l'adjudicataire* »²⁸. Bien que cette définition soit commune à tous les marchés publics, la conclusion du marché n'intervient pas au même moment selon que le marché atteint ou non les seuils de publicité européenne²⁹. Ainsi, et comme cela était déjà le cas sous l'article 62 en son ancienne mouture, la conclusion d'un marché public de services et de fournitures dont le montant estimé est supérieur aux seuils européens, et pour les marchés de travaux dont le montant estimé est égal ou inférieur à la moitié du seuil européen, intervient à la suite de l'expiration du délai de *standstill*, de quinze jours, fixé par l'article 11 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. Pour les marchés publics dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, le marché public est conclu dès lors que l'attribution a été notifiée au soumissionnaire ayant remporté le marché. Les adjudicateurs seront donc attentifs au moment où l'obligation de *reporting* fixée par l'article 62 de la loi du 17 juin 2016, telle que modifiée, prend cours. En effet, le moment, où le délai de trente jours endéans lequel l'obligation de publication de l'avis d'attribution doit être exécutée, sera donc différent.

20.- Dans un deuxième temps, le champ d'application de l'obligation de publication d'un avis simplifié d'attribution peut être interrogé. En effet, bien qu'ayant connu une extension en ce que le champ d'application comprend également la non-attribution du marché, il interviendra lorsque l'adjudicateur décide de renoncer à l'attribution ou de recommencer la procédure selon l'article 85 de la loi du 17 juin 2016. Toutefois, dans certains cas, notamment lorsque la décision d'attribution est attaquée par un soumissionnaire ne s'étant pas vu attribuer le marché, la conclusion pourrait ne jamais avoir lieu. La loi ne vise pas cette hypothèse. L'on constate que son champ d'application est lacunaire quant à cette situation.

21.- Enfin, en ce qui concerne les marchés de faible montant, vu les importants montants dépensés globalement par les adjudicateurs par ce biais, il est heureux de constater qu'ils font partie du champ d'application de la loi du 8 février 2023, imposant plus de transparence aux adjudicateurs quant à ce type de marchés. Les auteurs regrettent cependant que l'obligation de communication

24 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 10.

25 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 10.

26 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 10.

27 Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, *M.B.*, 16 février 2023, art. 10.

28 Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016, art. 2, 39°.

29 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, *M.B.*, 21 juin 2013, art. 3.

de la valeur des marchés de faible montant ne soit que globale. Ils n'aperçoivent en effet pas clairement quels enseignements ou conclusions pourraient être tirés de ces chiffres totaux.

§2. Quelle effectivité pour l'obligation de reporting – Shame on you :

22.- Georges Vedel Professeur de droit public français, écrivait « *Le droit dit "ce qu'il faut faire", il ne peut pas dire "ce qu'on en fera"* »³⁰.

Cette citation peut être rattachée à l'obligation de publication d'avis de marché simplifiés, à l'obligation de mention des valeurs globales dans les accords-cadres et à l'obligation de communication d'informations au sujet des marchés de faible montant passés par un adjudicateur, étendue par la loi du 8 février 2023 à tous les marchés sans avoir égard à leur valeur, sauf si cette dernière est inférieure à 3.000 EUR HTVA. En effet, elle indique ce que les adjudicateurs ont l'obligation de faire, mais ne dit pas ce qu'ils feront en pratique.

23.- Il est ainsi permis de s'interroger sur l'effectivité de ces obligations en ce qu'elles ne sont pas sanctionnées, du moins pas juridiquement. La seule sanction s'attachant au non-respect de ces obligations est la publication d'un indice sur une plateforme électronique par le SPF BOSA.

De cette façon, il existera, par le biais de cette publication, un contrôle citoyen démocratique possible à condition que l'indice mis en place soit transparent sur son contenu et ses conclusions³¹. Ce contrôle social suffira-t-il à faire émerger une meilleure gouvernance dans la gestion des marchés publics ? Nul ne pouvant prédire l'avenir, les praticiens des marchés publics ne peuvent que l'espérer.

De plus, la publication globale ne paraît pas des plus appropriée pour effectuer un contrôle de qualité et réduit donc cet espoir.

24.- En outre, il est intéressant de relever un commentaire ayant été fait en commission. Plusieurs députés se sont inquiétés de la charge administrative que représente l'extension de l'obligation de *reporting*³². Il faut dès à présent indiquer que l'extension de l'obligation de *reporting* ne sera pas sans impact pour certains adjudica-

teurs de moindre taille et disposant de moyen de financement plus faibles tels que les communes de petite taille par exemple³³. En effet, ils devront allouer du temps et du personnel afin de respecter les obligations fixées par la loi du 8 février 2023, ce qui ne sera pas sans poser de problèmes pour certains adjudicateurs. Toutefois, cette charge supplémentaire poussera peut-être les adjudicateurs vers plus d'achats groupés par des mécanismes tels que les marchés conjoints ou les centrales d'achat, faisant fi de leur souveraineté et de leur pouvoir de décision au profit d'économies d'échelles à divers niveaux et incidemment également d'une mutualisation de la charge que fait peser cette obligation sur eux.

§3. Une occasion manquée de clarifier les obligations de l'adjudicateur en cas de recours à l'accord-cadre

25.- Les accords-cadres, comme l'indiquent les travaux parlementaires, sont utilisés, à l'heure actuelle, de manière abondante par les adjudicateurs³⁴. Cette utilisation abondante a permis à la doctrine d'interroger l'efficacité du cadre légal encadrant ces derniers et ce notamment au regard des arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne³⁵. Ainsi, certains auteurs avaient indiqué qu'il était, dès 2021, utile que la Belgique prenne le train déjà en marche et inscrive dans la loi du 17 juin 2016 les divers enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment quant à l'obligation de fixer un plafond quant aux quantités commandées ou quant à la valeur maximale de l'accord-cadre. Le Conseil d'État, dans sa jurisprudence récente sur les accords-cadres, avait établi que les quantités présumées ou les sommes à réserver paraissaient suffire pour respecter l'obligation de contrôle continu³⁶. Cela paraissait peu conciliable avec la jurisprudence de la Cour de justice. Il semble qu'avec l'indication dans les travaux préparatoires de l'arrêt *Simonsen and Weel*, la jurisprudence du Conseil d'État est

30 G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoir*, n°50, 1989, p. 27.

31 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Rapport fait un nom de la commission des Finances et du Budget, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/002, p. 5 et 17.

32 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Rapport fait un nom de la commission des Finances et du Budget, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/002, p. 8.

33 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Rapport fait un nom de la commission des Finances et du Budget, Doc. Ch., 2022-2023, CRIV 55/PLEN 30., p. 28 et 29.

34 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Rapport fait un nom de la commission des Finances et du Budget, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/002., p. 10.

35 C.J.U.E., C-216/17 du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecarnonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)* ; C.J.U.E., C-23/20 du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, et C.J.U.E., C-274/21 et C-275/21 du 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.*

36 C.E., arrêt n° 249.203 du 11 décembre 2020, *s.r.l. Assistance et Gestion Environnementale et C.E.*, arrêt n° 251.293 du 20 juillet 2021, *La société de droit français Latitude Geosystems*.

aujourd'hui sans aucun fondement, car le législateur bien que n'inscrivant pas l'enseignement de cet arrêt dans la loi, le fait sien en l'indiquant *expressis verbis* dans les travaux préparatoires³⁷. En outre, à ces enseignements, il convient d'ajouter l'enseignement de la Cour de Justice estimant qu'« un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle de cet accord-cadre »³⁸. Ainsi le considérant repris par les travaux préparatoires doit être compris en ce sens que le plafond de l'accord-cadre ne peut pas être dépassé sauf si cela n'a pas pour effet d'entraîner une modification substantielle de l'accord-cadre³⁹.

26.- Force est de constater que cela n'est pas le cas et que le législateur, bien qu'indiquant expressément dans les travaux préparatoires l'arrêt *Simonsen and Weel*, n'a pas saisi cette opportunité pour inscrire explicitement cette obligation de plafonnement de l'accord-cadre telle qu'établie par la Cour de Justice, dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, comme l'a fait le législateur français en supprimant la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum⁴⁰.

SECTION 3. LA LOI DU 8 FÉVRIER 2023 : UTILITÉ CERTAINE ET PRÉMISSSE D'INTRODUCTION DE LA GOUVERNANCE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

27.- Il convient d'interroger le titre de la loi : « *Loi du 8 février 2023 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance* ». Au regard du titre, elle concerne la gouvernance. Néanmoins, y est-elle réellement relative ? Permet-elle réellement une meilleure gouvernance dans les marchés publics ?

28.- Tout d'abord, il faut définir ce qu'il convient d'entendre par le terme gouvernance. Ce terme est en constante

évolution et afin d'étudier le choix du titre de la loi, la définition suivante a été choisie : « *La gouvernance est l'ensemble des règles et processus collectifs formalisés ou non, par lequel les acteurs concernés participent à la décision et à la mise en œuvre des actions publiques. Ces règles et ces processus, comme les décisions qui en découlent, sont le résultat d'une négociation constante entre les multiples acteurs impliqués. Cette négociation, en plus d'orienter les décisions et les actions, facilite le partage de responsabilité entre l'ensemble des acteurs impliqués possédant chacun une forme de pouvoir* »⁴¹.

Au regard de la première partie de cette définition, l'obligation de monitoring des données relatives aux marchés publics semble être un préalable nécessaire à la gouvernance. En effet, les travaux préparatoires répètent à plusieurs reprises que la transmission de données ayant eu lieu en 2021 a été très faible et peu qualitative voire impossible⁴². Il est certain que sans données sur les marchés publics passés au sein de l'État belge, il est difficile de faire émerger des règles permettant une meilleure gouvernance dans les marchés publics. Néanmoins, ces données ne sont qu'un préalable à la gouvernance, à la participation des acteurs concernés au processus d'évaluation de la directive 2014/24 sur les marchés publics. Il est alors permis de se poser la question de la raison pour laquelle le législateur n'a pas assorti cette obligation de sanction et de se demander pourquoi les adjudicateurs respecteraient-ils aujourd'hui, plus qu'hier, l'obligation fixée par la loi ?

29.- L'obligation de monitoring n'est à notre sens ni une règle ni un processus collectif par lesquels les acteurs concernés participent à la décision et à la mise en œuvre des actions publiques. Elle est un préalable qui au plus permettra leur participation à la décision. La simple transmission de données fixées par la loi n'est donc, au sens de la définition choisie, pas un mécanisme de gouvernance, mais un préliminaire à ce que les acteurs directement concernés participent à la décision et à l'élaboration, notamment de futures lois et directives visant à être modifiées.

30.- Le titre de la loi du 8 février 2023 et les modifications qu'elle apporte à la loi du 17 juin 2016 sont trompeurs en ce que la loi ne modifie pas les dispositions matérielles de la loi du 17 juin 2016 pour permettre aux personnes concernées directement par le marché public de participer au processus de décision ayant, par exemple, pour objectif

37 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaires des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001., p. 11.

38 C.J.U.E., C-274/21 et C-275/21 du 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.*

39 *Ibidem*.

40 Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité, J.O.R.F., 25 août 2021, art. 2.

41 I. Lacroix et P.-O. Saint Arnaud, « La gouvernance : tenter une définition », *Cahiers de recherche en politique appliquée*, Vol. IV, n°3, 2012, p. 26.

42 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Commentaire des articles, Doc. Ch., 2022-2023, 3023/001., p. 11.

de permettre aux personnes concernées de participer à la rédaction du cahier spécial des charges.

31.- Toutefois, malgré ces critiques, le titre de la loi peut être vu comme un regain d'intérêt en matière de gouvernance, dans la législation sur les marchés publics, et cela pourrait, au vu des éléments d'actualité indiqués dans l'introduction, avoir un effet stimulateur permettant pas à pas, au niveau belge, de se diriger vers une loi intégrant la gouvernance au sein des procédures d'attribution ou faisant de la gouvernance un principe applicable aux marchés publics.

CONCLUSION

32.- En conclusion, la loi du 8 février 2023 apporte plusieurs changements à la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics. D'abord, elle oblige les adjudicateurs à faire usage des moyens de communication électroniques pour les marchés qu'ils passent selon la procédure négociée sans publication préalable ou mise en concurrence dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne. Ensuite, elle étend l'obligation de monitoring à tous les marchés publics, aux accords-cadres et aux marchés de faible montant sauf si leur montant est inférieur à 3000 EUR HTVA. En outre, les travaux préparatoires apportent des considérations importantes quant au contrôle continu devant être effectué par les adjudicateurs sur les accords-cadres qu'ils passent en répétant les considérants de la Cour de Justice de l'Union européenne imposant de fixer un plafond quant aux quantités commandées ou à la valeur maximale de l'accord-cadre. Puis l'attention des adjudicateurs est attirée sur le moment où prend cours le délai de trente jours pour procéder à l'envoi de leurs avis de marché simplifiés au SPF BOSA. En outre, la loi du 8 février 2023 semble être une occasion manquée en ce qui concerne l'intégration des considérations récentes de la Cour de justice sur le contrôle des accords-cadres directement dans la loi du 17 juin 2016⁴³. Enfin, il semble que le titre de la loi visant, *expressis verbis*, la gouvernance est quelque peu trompeur en ce que le monitoring de données peut être considéré comme un préalable à la gouvernance dans l'élaboration de la loi future sur les marchés publics, mais ne correspond pas directement à la définition du terme de gouvernance. Le titre de la loi

est tout de même évocateur en ce qu'il montre l'intérêt du législateur sur cette question.

Si les auteurs saluent cette évolution, ils ne peuvent s'empêcher de regretter le manque d'ambition de la loi du 8 février 2023 qui ne constitue, comme exposé *supra*, qu'un tout premier pas vers l'intégration de la gouvernance dans la réglementation marchés publics et ne prévoit aucune réelle sanction au non-respect des nouvelles obligations imposées aux adjudicateurs. Le législateur semble avoir réfréné ses aspirations dans un souci de ne pas surcharger les adjudicateurs⁴⁴, ce qui peut se comprendre vu la lourde charge de travail à laquelle les adjudicateurs sont confrontés quotidiennement, mais semble également et particulièrement révélateur d'une approche et réflexion peu intégrée en la matière.

Les auteurs sont d'avis qu'une réelle intégration de la gouvernance dans les marchés publics, dans un avenir proche, est absolument indispensable et que cet objectif pourrait être atteint en (i) formant et en informant les adjudicateurs de l'intérêt et de l'importance pour eux et pour les citoyens à prendre la gouvernance en compte dans la gestion quotidienne de leurs achats, ainsi qu'en (ii) poussant les adjudicateurs vers toujours plus d'achats groupés, quand cela s'avère possible, et en (iii) les outillant correctement afin de leur permettre de travailler de manière plus efficace.

Une approche intégrée de ce type donnerait du sens aux nouvelles obligations imposées aux adjudicateurs et permettrait à ces derniers de dégager le temps nécessaire pour des opérations de monitoring, de reporting et plus largement pour la prise en compte d'aspects liés à la gouvernance dans la gestion de leurs achats. Idéalement, les adjudicateurs deviendraient le moteur de cette petite révolution dans le monde des marchés publics.

43 C.J.U.E., C-216/17 du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecambonica - Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)* ; C.J.U.E., C.-23/20 du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, et C.J.U.E., C-274/21 et C-275/21 du 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.*

44 Projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance, Rapport fait au nom de la commission des Finances et du Budget, Doc. Ch., 2022-2023, CRIV 55/PLEN 30, p. 28 et 29.