Nouvelles règles de compétences et de tutelle pour les marchés publics et les concessions des communes

Le Code de la démocratie locale et de la décentralisation vient d'être modifié par un décret du 4 octobre 2018 (*M.B.*, 10.10.2018). De nouvelles règles sont ainsi instaurées ou précisées en ce qui concerne les compétences des organes communaux pour la passation des marchés publics et des concessions, alors que la précédente révision de ces règles datait seulement de début 2016. Le législateur en profite également pour instaurer de nouvelles règles de tutelle sur les marchés publics communaux. Ces nouvelles règles, tant en ce qui concerne les compétences des organes communaux qu'en ce qui concerne le contrôle de tutelle, entreront en vigueur le 1er février 2019.

MATHIEU LAMBERT
Conseiller expert

Règles de compétences en matière de marchés publics et de concessions

Le choix de la procédure de passation et la fixation des conditions du marché

La répartition des compétences en matière de marchés publics entre le conseil communal et le collège communal demeure inchangée sur son principe : **le conseil choisit la procédure de passation et fixe les conditions des marchés publics** (art. L1122-3, par. 1er, al. 1er), alors que **le collège engage la procédure, attribue le marché public et assure le suivi de son exécution** (art. L1222-4, par. 1er, al. 1er, cf. infra).

Le commentaire des articles rappelle d'ailleurs que ces règles de compétences sont d'application, sans préjudice de ce que prévoit par ailleurs la loi relative aux marchés publics. Ainsi, si l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 permet de passer les marchés dits « de faible montant » (montant estimé inférieur à 30.000 euros hors TVA) sur simple facture acceptée (c'est d'ailleurs seulement une possibilité, non une obligation), il ne dispense pas les pouvoirs adjudicateurs de respecter leur législation organique propre, en l'occurrence le Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Autrement dit, même s'agissant des marchés de faible montant, les décisions doivent être prises par les organes compétents, le cas échéant en tenant compte des éventuelles délégations consenties conformément au Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

De même, ces règles de compétences sont applicables à tous les marchés publics, y compris ceux exclus du champ d'application de la loi et ses arrêtés d'exécution, notamment certains services (certains services d'avocat, les marchés d'emprunts…) (L. 17.6.2016, art. 28), mais également les marchés passés en vertu de l'exception *in house* ou de l'exception de coopération horizontale (L. 17.6.2016, art. 30 et 31).

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut toujours, d'initiative, exercer les compétences du conseil communal. Sa décision doit alors être communiquée au conseil communal qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance (art. L1122-3, par. 1er, al. 2).

Le commentaire des articles insiste sur le caractère cumulatif de ces deux conditions ainsi que sur leur stricte interprétation : « *l'urgence impérieuse signifie que l'urgence est telle que le collège communal est en quelque sorte ''contraint'' d'exercer cette compétence afin d'éviter des dommages conséquents si la décision n'est pas prise dans un délai tel qu'une convocation du conseil communal n'est pas possible* » ; en outre, « *l'événement imprévisible est celui qui ne peut être raisonnablement prévu par l'adjudicateur et ne peut lui* être imputable ».

Comme auparavant, le conseil communal peut déléguer ses compétences au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, pour les **dépenses relevant du budget ordinaire**. Néanmoins, le directeur financier en est désormais exclu (art. L1222-3, par. 2, al. 1er). Cela se justifie, selon le commentaire des articles, en vue « *d'éviter qu'il soit juge et partie* ».

Le seuil financier limitant la délégation de compétences au directeur général et aux autres agents communaux est revu à la hausse : il passe ainsi de 2.000 à 3.000 euros, montant hors TVA du marché. *A priori*, on doit considérer, comme c'était déjà le cas, qu'il s'agit là du montant estimé du marché. Sans doute aurait-il été plus opportun de l'indiquer expressément dans le texte même du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Tous les marchés financés à l'ordinaire peuvent donc faire l'objet d'une telle délégation. Cela étant, comme c'était

déjà le cas, le commentaire des articles rappelle la possibilité pour chaque commune, en toute autonomie, de se saisir pleinement ou non de cette habilitation légale : sans préjudice du seuil imposé par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en ce qui concerne la délégation aux agents communaux, « *le conseil reste libre de modaliser la délégation en l'assortissant de certaines conditions (par exemple : en instaurant un seuil financier, en ne permettant cette délégation que pour certains types de marchés…)* ».

Le commentaire des articles précise encore, s'agissant de la délégation à un fonctionnaire, que celle-ci « *n'implique pas de mentionner nommément quel fonctionnaire est concerné. Le conseil communal pourrait, par exemple, déléguer à une fonction ou à un grade. La délégation non nominative permet également qu'elle soit exercée par un membre du personnel ''faisant fonction''. La délégation peut être octroyée aussi bien à un membre du personnel contractuel que statutaire* ». Si une telle souplesse est appréciable, il s'agira néanmoins de mettre en place un rapportage et un contrôle stricts, au risque de perdre la nécessaire vue d'ensemble sur les marchés publics de la commune, notamment d'un point de vue financier (crédits disponibles et engagements des dépenses).

Comme auparavant encore, le conseil communal peut en outre déléguer ses compétences au collège communal pour, cette fois, des **dépenses relevant du budget extraordinaire**. Cette délégation est limitée aux marchés publics d'un montant inférieur à (seuils inchangés) : 15.000 euros hors TVA dans les communes de moins de 15.000 habitants ; 30.000 euros hors TVA dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants ; et 60.000 euros hors TVA dans les communes de 50.000 habitants et plus. Dans ce cas-ci également, on doit *a priori* considérer, comme c'était déjà le cas, qu'il s'agit là des montants estimés du marché. Et à nouveau, on peut penser qu'il aurait été plus opportun de l'indiquer expressément dans le texte même du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Nouveauté en revanche : une telle délégation pour des marchés financés à l'extraordinaire peut dorénavant également être consentie au directeur général – et lui seul – pour un montant (estimé, suppose-t-on) inférieur à 1.500 euros hors TVA.

Comme les délégations à l'ordinaire, les délégations à l'extraordinaire peuvent certainement être modalisées, sans perdre de vue le seuil de 1.500 euros hors TVA s'agissant de la délégation au directeur général.

Enfin, un nouveau paragraphe est inséré à l'article L1122-3 du CDLD (devenant le par. 4), prévoyant dorénavant que toute délégation octroyée par le conseil communal prend fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée. Autrement dit, **les délégations ne peuvent plus valoir pour une durée indéterminée dépassant celle de la mandature**. Le commentaire des articles indique ainsi qu'« *une période de quatre mois permettant la transition entre deux législatures est prévue afin, d'une part, de permettre au conseil communal nouvellement installé de prendre le temps d'examiner l'opportunité d'envisager une délégation et, d'autre part, d'éviter de créer une insécurité juridique pour les marchés qui seraient passés entre la fin de la législature et la nouvelle délibération de délégation* ». Si la volonté était effectivement d'éviter toute insécurité juridique, il valait sans doute mieux ne pas prévoir cette règle. Et si la principale raison de ce choix est vraiment de permettre au conseil communal nouvellement installé de prendre le temps d'examiner l'opportunité d'envisager une délégation, l'inverse restait tout autant possible : le conseil communal issu des dernières élections aurait tout autant eu l'opportunité, comme cela fut le cas lors des précédentes mandatures, de revoir les modalités des délégations existantes, voire d'y mettre fin.

L'engagement de la procédure, l'attribution du marché et le suivi de son exécution

C'est **le collège communal qui reste compétent pour engager la procédure, attribuer le marché public et assurer le suivi de son exécution**, sauf bien sûr dans les cas où c'est le directeur général, voire un autre agent communal, qui a reçu délégation de compétences du conseil communal (art. L1222-4, par. 1er, al. 1er, et par. 2).

Et c'est le collège communal qui reste compétent pour apporter toute **modification en cours d'exécution du marché**, sauf – à nouveau – dans les cas où c'est le directeur général, voire un autre

agent communal, qui a reçu délégation de compétences du conseil communal (art. L1222-4, par. 1er, al. 2, et par. 2).

L'ancien alinéa 2 du paragraphe 1er a cependant été supprimé. Cette disposition prévoyait que « *dans les cas et dans la mesure où la négociation est permise avec les soumissionnaires, le collège communal peut modifier les conditions du marché […], avant l'attribution. Il en informe le conseil communal, qui en prend acte, lors de sa plus prochaine séance* ». Le commentaire des articles justifie cette suppression par le fait que « *cette phrase est inutile et source de confusion, car il ressort du principe des procédures « négociées » (notamment l'article 42 par. 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) que certaines conditions du marché sont, in fine, modifiées dans le cadre de la négociation* ».

Certes, mais la confusion n'est pas là où on le pense. En effet, en affirmant cela, le législateur wallon lui-même confond deux législations bien distinctes quant à leurs objets (et les législateurs compétents) : la réglementation des marchés publics, qui relève de la compétence du législateur fédéral, a pour vocation d'organiser la passation et l'exécution des marchés publics et de s'appliquer à tous les marchés publics de tous les pouvoirs adjudicateurs ; il est donc parfaitement normal qu'elle indique notamment les cas dans lesquels il est permis de recourir à une procédure négociée et donc de négocier. De son côté, la législation organique propre à chaque pouvoir adjudicateur, soit le Code de la démocratie locale et de la décentralisation s'agissant des communes, a pour objet le fonctionnement du pouvoir adjudicateur concerné, notamment la manière dont les compétences se répartissent entre ses organes. C'est ce que faisait cette disposition désormais supprimée qui prévoyait, en substance, que lorsqu'il était permis de négocier, en vertu de ce que prévoit la réglementation des marchés publics, et que cette négociation aboutissait à adapter quelque peu les conditions du marché initialement arrêtées par le conseil, il n'était pas nécessaire de faire valider ces nouvelles conditions par ce dernier ; le collège était compétent pour ce faire. Désormais donc, à défaut d'une telle disposition et compte tenu de la règle de principe selon laquelle c'est le conseil communal qui fixe les conditions du marché (hors délégations), il faudra faire valider par le conseil toute adaptation, via la négociation, des conditions du marché, avant que le collège puisse l'attribuer. Et quand bien même l'autorité de tutelle s'en tiendrait à son interprétation exposée dans le commentaire des articles, cela créerait une insécurité juridique pour le pouvoir adjudicateur et offrirait un argument à tout soumissionnaire malheureux qui serait tenté par un recours au Conseil d'État (lequel pourrait d'ailleurs soulever d'office l'argument, puisqu'il est question d'une règle de compétence et donc d'ordre public).

Le commentaire des articles ajoute encore que « *même dans l'hypothèse où le collège s'est vu déléguer la compétence en matière de choix de la procédure de passation, il ne pourra pas, lors de la même séance, approuver le choix de la procédure de passation et attribuer le marché. En effet, la procédure de passation et les documents du marché doivent être approuvés préalablement au lancement de la procédure et à l'envoi des documents aux opérateurs économiques. L'attribution d'un marché ne pourra donc pas être actée lors de la même séance de collège que le lancement du marché et l'approbation des conditions de ce dernier. L'attribution ne pourra donc avoir lieu que lors d'une séance suivant celle relative au lancement du marché* ». Ceci vaut également, selon le législateur, lorsque c'est le directeur général, voire un autre agent communal, qui intervient sur délégation du conseil communal. C'est oublier que pour les marchés de faible montant (c'est-à-dire ceux dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros hors TVA, visés à l'article 92 de la loi du 17 juin 2016), la remise d'offre n'est plus formellement et systématiquement requise. Le pouvoir adjudicateur peut donc comparer les conditions des opérateurs économiques au travers, notamment, de tarifs disponibles en ligne (et s'en réserver la preuve), déterminer quel opérateur économique offre les conditions les plus intéressantes (p. ex. le prix le plus bas) et directement passer commande à celui-ci. Cette prise de position de l'autorité de tutelle n'offre ainsi aux administrations communales aucune souplesse, alors que l'augmentation du seuil de 8.500 à 30.000 euros, introduit par l'actuelle réglementation des marchés publics, permet justement moins de formalités et plus de rapidité dans la passation de marchés de très peu d'importance.

Enfin, le troisième paragraphe de l'article L1222-4 est inchangé par rapport à l'ancien article. Il prévoit qu'« *en cas de délégation de compétences du conseil communal au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément à l'article L1222-3, paragraphes 2 et 3, l'obligation d'information du conseil communal prévue au paragraphe 1er, alinéa 2, n'est pas applicable* ». C'est là cependant une **erreur du législateur**. En effet, l'article L1222-3, paragraphe 1er, al. 2, était celui qui permettait au collège communal d'acter une modification des conditions du marché, à la suite des négociations (dans le cas d'une procédure permettant celles-ci), sans devoir faire entériner ces adaptations par le conseil communal, à charge néanmoins pour le collège d'en informer le conseil. Très logiquement, l'article L1222-4, paragraphe 3, précisait qu'une telle information du conseil communal n'était pas d'application lorsque c'est le collège communal, le directeur général ou un agent qui, sur délégation, avait fixé les conditions du marché. Dès lors que l'ancien alinéa 2 du paragraphe 1er est désormais supprimé (cf. supra), une telle règle n'a bien sûr plus lieu d'être. Et ce renvoi, ainsi maintenu à tort, devient incompréhensible et crée une confusion, puisque l'alinéa 2 du paragraphe 1er de l'article L1222-3 est désormais celui relatif à la compétence du collège communal en cas d'urgence impérieuse, compétence qui n'est absolument pas tributaire de quelque délégation que ce soit.

Les marchés conjoints

Un nouvel article L1222-6 est introduit dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, afin de tenir compte des marchés conjoints et de régler les compétences en la matière. Le commentaire des articles relève en effet que la désignation de l'adjudicateur qui agira pour le compte des autres adjudicateurs n'étant pas un marché public, les articles L1222-3 et L1222-4 ne peuvent s'appliquer.

Il est donc désormais prévu que c'est le conseil communal qui décide de recourir à un marché public conjoint, qui désigne, le cas échéant, l'adjudicateur qui agira pour le compte des autres adjudicateurs et, le cas échéant, adopte la convention régissant le marché public conjoint.

Pour le reste, qu'il s'agisse de faire face à une urgence impérieuse ou encore de consentir des délégations pour faciliter le recours aux marchés conjoints, ce sont les mêmes règles que celles prévues à l'article L1222-3 qui s'appliqueront.

Le commentaire des articles précise néanmoins : « *afin de déterminer si les seuils de délégation […] sont atteints, il convient de se référer au montant total estimé du marché et non au montant estimé de la part du marché pour chaque adjudicateur* ». Et de justifier : « *il ne serait pas opportun qu'un directeur général puisse lancer un marché public dont le montant est très élevé mais dont la part communale du pouvoir adjudicateur pilote serait à ce point minime que le directeur général puisse, par délégation, en assumer l'entièreté du lancement* ».

C'est aussi l'occasion de constater que le législateur fait ainsi référence, pour les seuils de délégation, aux montants estimés des marchés. Cela confirme ainsi que c'est bien de ces montants estimés dont on tiendra compte, y compris pour la mise en œuvre des délégations identiques prévues par l'article L1222-4 (cf. supra), non des montants d'attribution.

Enfin, le nouvel article L1222-6 précise encore que, le cas échéant, le collège communal (ou, sur délégation, le directeur général ou un agent) de la commune ainsi représentée par un autre adjudicateur pour la passation du marché conjoint, prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné.

L'usage des termes « le cas échéant », tant s'agissant des compétences du conseil que du collège, reflète la marge de manœuvre très large dont disposent les pouvoirs adjudicateurs souhaitant s'associer dans le cadre d'un marché public conjoint. En effet, selon le considérant 71 de la directive 2014/24, la passation conjointe de marchés peut prendre différentes formes, depuis la passation coordonnée de marchés, en passant par la préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation, jusqu'aux cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent conjointement une procédure de passation, soit en agissant ensemble, soit en confiant à l'un d'entre eux la gestion de la procédure au nom de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Les centrales d'achat

Au même titre que les marchés conjoints, l'adhésion et le recours aux centrales d'achat sont désormais envisagés par le législateur.

Un nouvel article L1222-7 est ainsi introduit dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, lequel entérine la pratique antérieure : le conseil communal est seul compétent pour adhérer à une centrale d'achat.

C'est également lui qui ensuite, au cas par cas, définit les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décide de recourir à telle centrale à laquelle la commune a adhéré pour y répondre, par analogie avec sa compétence de principe d'arrêter la procédure de passation et les conditions de chaque marché public. En effet, comme le rappelle le commentaire des articles, « *l'adhésion à la centrale d'achat n'implique pas que la commune qui y a adhéré est tenue de passer automatiquement et obligatoirement par cette centrale d'achat pour les fournitures, services ou travaux concernés. La commune conserve son autonomie et peut, si elle le souhaite, notamment passer des marchés publics par elle-même sans passer par la centrale d'achat ou passer par une autre centrale d'achat à laquelle elle aurait adhéré* ».

Le commentaire des articles précise que ces deux premières décisions peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'une seule délibération.

Cela dit, comme en ce qui concerne les marchés publics au sens strict, qu'il s'agisse de faire face à une urgence impérieuse ou encore de consentir des délégations pour faciliter le recours aux marchés conjoints, ce sont les mêmes règles que celles prévues à l'article L1222-3 qui s'appliqueront.

Toujours par analogie avec les marchés publics au sens strict, une fois la décision d'adhésion à la centrale prise par le conseil communal, une fois ensuite (ou simultanément) le choix réalisé par le même conseil de recourir à la centrale pour satisfaire tel besoin de la commune, c'est le collège communal qui est compétent pour passer commande à la centrale ou à l'adjudicataire du marché passé par la centrale, selon le modèle de centrale dont il s'agit, et pour en assurer le suivi, sans préjudice des éventuelles délégations de compétence au directeur général ou à un autre fonctionnaire communal.

Enfin, si le législateur n'a envisagé la question du recours à des centrales d'achat par les villes et communes que sous l'angle de l'adhésion à celles-ci, on rappellera que conformément à l'article L1122-30 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, selon lequel le conseil communal règle tout ce qui est d'intérêt communal, c'est bien le conseil qui est compétent pour ériger la commune en centrale d'achat, déterminer quels pouvoirs adjudicateurs peuvent y adhérer et quelles sont les conditions de cette adhésion et les modalités de fonctionnement de la centrale.

Les concessions de travaux et de services

Dans un souci de clarté et afin d'adapter les règles de compétences à ce type de contrats administratifs, la passation des concessions de travaux et de services sont envisagées distinctement des marchés publics, par un nouvel article L1222-8 introduit dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

En la matière, comme en matière de marchés publics, la décision de principe de passer telle concession de travaux ou de services, d'en fixer les conditions et les modalités de la procédure d'attribution et d'en adopter les « clauses » (sic) la régissant, appartient au conseil communal. Selon le commentaire des articles, « *ces clauses fixent directement l'organisation et le fonctionnement du service/l'exploitation de l'ouvrage et impactent également les usagers. Ce sont, à titre d'exemples : les clauses relatives aux prix pratiqués*

par le concessionnaire envers les usagers, aux horaires d'ouverture, etc. ; régissent les relations entre la commune et le concessionnaire et peuvent, par exemple, porter sur les modalités de résiliation de la concession ». Et d'ajouter : « *ces différentes clauses peuvent être reprises, par exemple, dans un cahier des charges ou dans un projet de convention y annexé approuvés par la délibération [du conseil]* ».

Comme en matière de marchés publics toujours, en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut d'initiative, exercer les compétences du conseil communal (sa décision est communiquée au conseil communal qui en prend acte, lors de sa prochaine séance).

Le conseil communal peut également déléguer ses compétences au collège communal, sans distinguer selon un financement à l'ordinaire ou à l'extraordinaire. En effet, le concessionnaire se rémunère par l'exploitation des infrastructures qu'il a construites (concession de travaux) ou des services qui lui sont confiés (concession de services), certes sans préjudice d'un paiement complémentaire par le pouvoir adjudicateur lui-même (mais dans ce dernier cas, il s'agira en principe d'une dépense de fonctionnement, relevant donc du budget ordinaire). Cette possibilité de délégation de compétence du conseil communal au collège communal est limitée aux concessions d'une valeur inférieure à 250.000 euros hors TVA. Selon le commentaire des articles, ce nouveau seuil de délégation « *a été fixé afin de permettre au collège communal de « gérer » les concessions de plus minime importance ou de courte durée. Il pourra être réévalué en fonction du contenu et de la valeur des concessions transmises pour exercice de la tutelle* » (cf. infra).

Le texte même de l'article L1222-8 ajoute que « *la valeur de la concession correspond au montant estimé du chiffre d'affaires à percevoir par le concessionnaire multiplié par le nombre d'années de la concession* ». Une telle définition n'était pas nécessaire, dès lors que la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession prévoit elle-même, en des termes quelque peu différents, que « *la valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par l'adjudicateur, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures complémentaires liées auxdits travaux et services* » (art. 35, al. 1er).

Et conformément au nouvel article L1222-9 également introduit dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, de manière comparable aux marchés publics, c'est le collège communal qui engage la procédure, attribue la concession de services ou de travaux et assure le suivi de son exécution, de même qu'il peut apporter à la concession toute modification en cours d'exécution.

Le commentaire des articles précise que les clauses de la concession, arrêtée par le conseil (sauf délégation au collège), peuvent prévoir la possibilité de négocier avec les soumissionnaires (rappelons en effet que la loi relative aux concessions ne prévoit pas elle-même de procédures de passation, au contraire de la loi relative aux marchés publics). Par conséquent, « *il ressort du principe même des procédures ''négociées'' que certaines clauses (réglementaires ou contractuelles) régissant la concession peuvent, in fine (lors de l'attribution dont question à l'article L1222-9), être modifiées dans le cadre de la négociation* ». Malheureusement cependant, comme en matière de marchés publics, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation n'octroie pas expressément au collège communal la compétence d'acter le résultat des négociations – et donc les modifications apportées aux conditions de la concession telles qu'arrêtées par le conseil communal. À s'en tenir au texte du nouvel article L1222-8, sans préjudice d'une éventuelle urgence impérieuse ou d'une éventuelle délégation au collège dans les conditions prévues, c'est bien le conseil communal et lui seul qui est compétent pour fixer les conditions et les modalités de la procédure d'attribution de la concession et d'en adopter les clauses.

Règles de tutelle en matière de marchés publics et de concessions

Comme toutes les décisions des communes, leurs **décisions en matière de marchés publics** restent bien sûr soumises à la tutelle générale d'annulation exercée par la Région wallonne. Parmi celles-ci, les décisions d'attribution atteignant certains montants en fonction de la procédure de passation appliquée et certaines décisions de modification en cours d'exécution des marchés publics, restent en outre soumises à une obligation de transmis à l'autorité de tutelle, la décision devenant exécutoire seulement à ce moment-là.

Ainsi, sans préjudice de la reformulation des procédures de passation afin de s'adapter aux termes de l'actuelle réglementation des marchés publics, les seuils de transmis obligatoire des décisions d'attribution repris au tableau figurant à l'article L3122-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation restent inchangés. Le législateur justifie le maintien de ces seuils, via le commentaire des articles, en insistant sur le fait qu'« *ils sont en lien avec les seuils de passage à l'inspection des finances au niveau régional qui n'ont pas été modifiés* ». Pourtant, depuis l'instauration de ces seuils par un décret du 22 novembre 2007, les prix ont évolué – à la hausse, bien sûr – de plus de 20 %. Sans doute serait-il temps – c'est un euphémisme – que ces montants de transmis obligatoire soient eux aussi revus à la hausse pour s'adapter à la réalité des prix, comme c'est d'ailleurs le cas des seuils découlant de la réglementation des marchés publics.

D'autres décisions en matière de marchés publics sont dorénavant soumises à la même obligation de transmis à l'autorité de tutelle :

- la décision de création ou d'adhésion à une centrale d'achat ; selon le commentaire des articles, il s'agit là, comme les décisions qui suivent, d'« *actes qui comportent potentiellement un risque, car ils permettent de se soustraire au champ d'application de la loi sur les marchés publics et de ce fait de se soustraire à la tutelle générale d'annulation* » ; on parle pourtant ici seulement de la décision de principe de créer une centrale, qui ne permet en rien d'échapper à l'application de la réglementation des marchés publics (au contraire, la commune qui s'institue centrale d'achat passera nécessairement des marchés), ou de la décision

d'adhérer à une centrale, qui en soi n'implique rien d'autre à ce stade ;

- l'attribution à un opérateur économique d'un marché public relatif à un prêt qu'il soit ou non lié à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers dont le montant de la rémunération totale du prestataire excède 200.000 euros ; on vise donc ici les marchés publics d'emprunt « hors réglementation » (L. 17.6.2016, art. 28), car si une commune fait quand même le choix de passer un marché public sur la base de la réglementation en question, en faisant usage d'une des procédures de passation qu'elle prévoit, on tiendra alors compte des montants figurant au tableau précité ;
- l'attribution d'une mission de services par la commune à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs, sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées ; il s'agit là de l'exception à l'application de la réglementation des marchés publics prévue par l'article 29 de la loi du 17 juin 2016, qui existait pourtant déjà dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics ; on peut donc se demander pourquoi il s'est avéré nécessaire aujourd'hui de soumettre pareille décision à transmis obligatoire ;
- l'attribution d'un marché public passé dans le cadre d'un contrôle *in house* au sens de l'article 30 la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- de même que l'attribution d'un marché conclu avec un autre pouvoir adjudicateur sous la forme d'une coopération horizontale non institutionnalisée au sens de l'article 31 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; à nouveau, dans ces deux derniers cas, les exceptions – certes « seulement » jurisprudentielles, avant d'être codifiées dans la directive européenne 2014/24 – existaient depuis de nombreuses années, sans qu'on ait jugé nécessaire, jusqu'à présent, de soumettre les décisions les concernant à transmis obligatoire à l'autorité de tutelle.

Quant aux **concessions, tant de travaux que de services**, sans distinction, toutes les décisions les attribuant, de même que toutes les décisions y apportant des modifications en cours d'exécution, sont désormais soumises à l'obligation de les transmettre à l'autorité de tutelle, afin qu'elles deviennent exécutoires. Aucun seuil en valeur ne conditionne donc ce transmis.

En toute logique, l'article L3131-1, par. 4, 2°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, qui soumettait à tutelle spéciale d'approbation les actes des communes ayant pour objet la « *délégation de gestion* » à un tiers, interprété comme visant les concessions, est abrogé.

Il est donc bien question d'un allègement de la tutelle en ce qui concerne les concessions, même si on aurait également préféré, par analogie avec les règles concernant les marchés publics, que des seuils minimaux de transmis obligatoires soient instaurés.

Conclusion

Ces nouvelles règles relatives aux compétences des organes communaux en matière de marchés publics, de même qu'en ce qui concerne le contrôle de tutelle sur ces marchés, comportent certainement des **points positifs** pour les villes et communes wallonnes :

- l'augmentation du seuil de délégation de compétence, à l'ordinaire, au directeur général ou à un autre fonctionnaire ;
- la nouvelle possibilité de délégation, à l'extraordinaire, au directeur général ;
- la clarification des règles de compétences en ce qui concerne les marchés conjoints et les centrales d'achat ;
- la clarification des règles de compétences en matière de concessions de travaux et de services, distinguées de celles relatives aux marchés publics ;
- la possibilité pour le conseil communal de déléguer ses compétences en matière de concessions, avec un seuil plus adapté à ces contrats ;
- la soumission des décisions d'attribution des concessions de travaux et de services à la tutelle générale d'annulation au lieu de la tutelle spéciale d'approbation.

Malheureusement, les **points négatifs** sont plus nombreux encore :

- l'absence de précision, dans le texte même du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, que les montants des seuils de délégation de compétence sont des montants estimés ; une telle interprétation reste donc tributaire de l'appréciation qu'en auront le ministre des pouvoirs locaux et son administration ;
- les seuils de délégation de compétence, à l'extraordinaire, au collège communal n'ont pas été revus à la hausse ;
- les délégations ne peuvent plus valoir pour une durée indéterminée dépassant celle de la mandature ;
- la suppression de la compétence du collège communal d'adapter les conditions du marché ou de la concession au travers de la négociation (lorsque celle-ci est permise par la loi relative aux marchés publics) ;
- l'interprétation selon laquelle le collège communal (ou le directeur général ou un autre fonctionnaire), qui a reçu délégation de compétence du conseil, ne pourrait pas décider des conditions d'un marché et attribuer celui-ci lors de la même séance (ou par la même décision), y compris lorsqu'il s'agit d'un marché de faible montant ;
- l'erreur dans le texte, avec la confusion qu'elle engendre, qui maintient un renvoi qui n'a plus lieu d'être à la suite de la suppression de la compétence du collège d'acter les éventuelles adaptations apportées aux conditions du marché via la négociation ;
- le maintien des seuils de transmis obligatoire des décisions d'attribution des marchés publics à des montants qui ne tiennent pas compte de l'évolution des prix sur plus d'une décennie ;
- la soumission de nouvelles décisions à l'obligation de transmis à l'autorité de tutelle, alourdissant encore le contrôle de tutelle (création d'une centrale d'achat, adhésion à une centrale d'achat, attribution d'un marché de services à un pouvoir adjudicateur bénéficiant d'un droit exclusif, attribution d'un marché dans le cadre de l'exception *in house*, attribution d'un marché dans le cadre de l'exception de coopération horizontale), qui plus est sans seuil minimum ;
- l'absence de seuil de transmis obligatoire à l'autorité de tutelle des décisions d'attribution et de modification des concessions.