L'exclusion des marchés d'emprunt de la réglementation des marchés publics

Le législateur européen a adopté en 2014 des nouvelles directives relatives aux marchés publics[1]. La transposition de ces directives a été entamée avec l'adoption de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, publiée au *Moniteur belge* du 14 juillet 2016[2]. L'entrée en vigueur de la loi et de ses arrêtés a eu lieu le 30 juin 2017.
La directive 2014/24/UE « *ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers* »[3]. Cette nouvelle exclusion a été transposée à l'article 28, § 1er, 6°, de la loi du 17 juin 2016.

MATHIEU LAMBERT,
Conseiller expert

CHARLOTTE BONTEMPS,
Conseiller

Jusqu'ici, les marchés d'emprunt étaient soumis aux règles relatives aux marchés publics. Par contre, certains services financiers étaient déjà exclus des marchés publics. C'était (et c'est toujours) le cas des services financiers liés à l'émission, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers[4]. On note au contraire que les assurances restent soumises, comme c'est déjà le cas actuellement, aux marchés publics.

Si depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les marchés d'emprunt sont sortis du champ d'application de la réglementation des marchés publics, la conclusion des contrats d'emprunt n'échappera néanmoins pas à toute contrainte.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence au départ des concessions de services, lesquelles n'étaient pas visées par les anciennes directives relatives aux marchés publics et n'étaient pas réglementées pour le surplus (avant la directive 2014/23 et l'« autre » loi du 17 juin 2016). Malgré cela, la Cour considérait qu'elles devaient faire l'objet d'une mise en concurrence en raison des principes issus du droit primaire européen (les traités) : égalité et non-discrimination, transparence, proportionnalité et reconnaissance mutuelle. Cette jurisprudence abondante a été compilée et expliquée dans une communication interprétative de la Commission européenne[5].

Il ne fait aucun doute que les enseignements tirés de cette jurisprudence doivent être transposés à l'ensemble des contrats de services qui sont exclus des directives relatives aux marchés publics, notamment donc les marchés d'emprunts.

Les principes

Comme la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne le précise, il convient de respecter certains principes issus du droit primaire de l'Union européenne.

Préalablement, notons que les règles issues des Traités européens ne sont normalement pas applicables lorsque l'opération ne revêt pas de caractère transfrontalier. Pour déterminer s'il existe un caractère transfrontalier, la jurisprudence[6] a dégagé certains critères objectifs. Ainsi, le premier critère est le montant d'une certaine importance du marché en cause. Ce critère doit être évalué en combinaison avec d'autres, comme le lieu d'exécution ou les caractéristiques techniques du marché. Le fait que des prestataires d'autres pays membres de l'Union européenne participent à la procédure témoigne d'un intérêt transfrontalier.

[1] Dir. 2014/24/UE du Parl. eur et du Conseil du 26.2.2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. 2004/14/CE, *J.O.U.E.*, 28.3.2014, L94/65.

[2] L. 17.6.2016 rel. aux marchés publics, *M.B.*, 14.7.2016, p. 44219 ; v. aussi M. Lambert, *Nouvelle réglementation des marchés publics : de nombreux changements parfois importants, Mouv. comm.*, 10/2016, pp. 10-22.

[3] Art. 10, f).

[4] Dir. 2004/18/CE du Parl. Eur. et du Conseil du 31.3.2004 rel. à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, 30.4.2004, L134/114, art. 16.

[5] Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *J.O.C.E.*, C-121/2, 29.4.2000.

[6] *C.J.U.E.*, 16.4.2015 (s.c. Enterprise Focused Solutions SRL), C-278/14, point 20 ; *C.J.U.E.*, 22.10.2015 (Impresa Edilux SRL & SICE>F), C-425/14, point 22.

Cela dit, intérêt transfrontalier ou non, il faut également relever que les principes européens ont généralement un correspondant en droit belge.

Le principe d'égalité et de non-discrimination est consacré par l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par les articles 10 et 11 de la Constitution belge. Ce principe a pour conséquence l'obligation d'organiser une mise en concurrence et de choisir les candidats selon des critères objectifs. Par ailleurs, il faut nécessairement que la procédure se déroule dans le respect des règles fixées au préalable.

Cela implique, par exemple, que l'acceptation d'offres non conformes au projet de base ou remises tardivement ne sera pas possible. Par ailleurs, il ne sera possible de proposer des variantes à la solution de base que si cette possibilité a été prévue dès le départ, chacun des opérateurs économiques devant être informé quant à la possibilité d'offrir des alternatives. Finalement, dans le cadre de la négociation d'une offre, il ne sera pas possible de dénaturer complètement le projet de base sous peine de ne pas respecter le principe d'égalité.

Le respect du principe d'égalité de traitement implique d'assurer une certaine transparence. Il est donc nécessaire de rendre publique l'intention de contracter selon des modalités qui sont appropriées.

Cela ne signifie pas qu'il faille nécessairement publier un avis de marché. Il faut cependant prévoir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du contrat à la concurrence. N'est donc pas exclu le recours à une procédure sans publicité, particulièrement lorsque le contrat ne présente pas d'intérêt transfrontalier.

La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs s'applique lors de la l'attribution du contrat. Cela signifie que les motifs de fait et de droit du choix du cocontractant doivent figurer dans la décision d'attribution.

Le principe de reconnaissance mutuelle découle de la libre circulation des marchandises, services et personnes au sein de l'Union européenne. Cela signifie qu'on doit accepter des prestataires venant d'autres pays de l'Union pour autant qu'ils satisfassent de manière équivalente aux besoins du destinataire de la prestation.

Le principe de proportionnalité exige que toute mesure soit à la fois nécessaire et appropriée au regard du besoin à satisfaire. Il faut particulièrement être attentif au respect de ce principe notamment pour la fixation des critères de sélection et des critères d'attribution.

En droit administratif belge, il est nécessaire de respecter le principe de bonne administration. Ce principe veut que l'administration se comporte comme *« une administration normalement diligente, raisonnable et veillant au respect de l'intérêt général et de la légalité »*[7]. Cela implique notamment que c'est l'offre la plus intéressante qui doit être préférée.

Les règles organiques et de tutelle

Les contrats d'emprunts n'étant plus soumis à la réglementation relative aux marchés publics, les compétences des organes pourraient éventuellement être bouleversées.

À l'égard des communes, la question s'était déjà posée pour d'autres exclusions ou exceptions à l'application d'une procédure de marchés publics, notamment en ce qui concerne les contrats passés en vertu de la relation *in house* et les contrats conclus dans le cadre d'une centrale de marchés.

Le Ministre des Pouvoirs locaux avait apporté des réponses contradictoires à deux questions parlementaires[8]. Deux solutions étaient ainsi évoquées. La première envisageait que le contrat étant exclu de la réglementation des marchés publics, les règles de compétence pour les marchés publics prescrites par les articles L1222-3 et L1222-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) ne s'appliquaient pas. Il convenait alors d'appliquer l'article L1122-30 du CDLD qui institue la compétence résiduelle du conseil communal, aussi bien donc pour l'arrêt des conditions contractuelles que la désignation du cocontractant. La seconde solution prévoyait que, bien que les marchés ne soient pas soumis aux règles strictes du droit dérivé européen, ils restaient qualifiés de marchés publics. Les règles de compétence des articles L1222-3 et L1222-4 restaient par conséquent d'application.

Dès lors qu'aujourd'hui les termes de la loi du 17 juin 2016 (tirés de la directive) sont très clairs à cet égard, qualifiant

[7] P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif,* Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 112.

[8] Question n° 92 de M. Vincent Sampaoli du 3.11.2015, *Bull.* Q.R., Parl. w., 2015-2016 ; Question n° 454 de M. Vincent Sampaoli du 30.3.2016, *Bull.* Q.R., Parl. w., 2015-1016.

ces contrats de véritables marchés publics, même s'ils ne sont pas soumis à la réglementation s'appliquant en principe à ceux-ci, il ne fait aucun doute que c'est la seconde solution qui doit être retenue et qu'il convient donc d'appliquer les règles de compétences du conseil et du collège en matière de marchés publics.

Et il va sans dire que le même raisonnement est d'application aux marchés d'emprunt à passer par d'autres pouvoirs adjudicateurs locaux, selon leurs législations organiques propres.

Quant aux règles de tutelle, il s'agira également d'appliquer en principe celles visant expressément les marchés publics. Cela dit, pour prendre l'exemple des communes, l'article L3122-2 CDLD instaure une tutelle d'annulation visant la décision d'attribution, avec transmis obligatoire de celle-ci lorsque le marché atteint un certain montant, en fonction du mode de passation retenu. Autrement dit, si la commune a fait le choix d'une procédure *sui generis*, respectant les principes précités, la décision d'attribution ne devra pas être transmise, puisque le CDLD ne vise que certaines des procédures établies par la réglementation des marchés publics (ce qui n'empêche pas que la décision reste soumise à tutelle générale d'annulation, comme n'importe quel acte de la commune). Par contre, si la commune devait faire le choix de quand même appliquer cette réglementation et, en particulier, un des modes de passation prévus par celle-ci, la décision d'attribution serait alors soumise aux règles normales de tutelle, selon l'interprétation retenue – à juste titre – par l'Autorité de tutelle.

La mise en pratique

En l'absence d'intérêt transfrontalier, la mise en concurrence pourra se dérouler « comme en procédure négociée sans publication préalable ». Si le marché devait avoir un intérêt transfrontalier, il s'agirait alors d'assurer une publicité européenne.

Afin que les offres des différents prestataires de services soient comparables, il est nécessaire de rédiger un cahier des charges afin de définir quels sont les besoins de l'autorité.

Il faudra notamment définir avec précision l'objet du marché. Pour les marchés d'emprunt, il faut notamment définir au minimum la durée de l'emprunt, le type de révision des taux et le type d'amortissement. Si des services complémentaires sont demandés, il faut les lister et les définir.

Il est possible de prévoir des variantes qui sont définies par le pouvoir adjudicateur. Il doit alors préciser si les opérateurs économiques doivent obligatoirement y répondre ou non. Si le pouvoir adjudicateur veut laisser la possibilité aux prestataires de services de proposer une variante à laquelle il n'avait pas pensé, il doit le prévoir expressément.

Cette procédure n'étant pas encadrée par des règles, il est nécessaire que l'autorité, lorsqu'elle sollicite des offres auprès des prestataires de services, définisse les règles qui seront d'application à la passation du marché. Le pouvoir adjudicateur pourra ainsi imposer certaines modalités pour la remise des offres, par exemple une date limite de remise des offres, afin que les prestataires soient traités de manière égalitaire.

Il est également utile de définir à l'avance la durée de validité de l'offre, sinon les offres risquent d'avoir des durées de validité différentes en fonction des prestataires (ou insuffisante pour les analyser).

Dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs connaissent les banques qu'elles consultent, il n'est pas obligatoire de prévoir une procédure de vérification de la capacité professionnelle et économique et de droit d'accès. Si des clauses d'exclusions étaient quand même prévues dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur serait alors obligé de les vérifier et d'écarter le candidat qui ne répondrait pas aux exigences en vertu du principe de bonne administration.

L'organisation d'une négociation va dans le sens du principe de bonne administration lorsque les offres pourraient être améliorées. Il est nécessaire d'informer de cette possibilité dans la demande d'offre et éventuellement d'en préciser les règles.

Enfin, pour que les offres restent comparables, il sera nécessaire de prévoir une clause dans le cahier de charges afin de rendre nulles les conditions générales de vente des prestataires de services. Les conditions générales ainsi rendues inapplicables et les règles générales d'exécution des marchés publics n'étant pas non plus d'application, il sera alors nécessaire de définir certaines règles pour l'exécution du marché au risque de se trouver sans aucun cadre juridique.

Pour le surplus, les recommandations déjà évoquées pour ces marchés restent d'actualité, même si ceux-ci sont désormais exclus du champ d'application de la réglementation des marchés publics, notamment quant au délai d'engagement des soumissionnaires ou encore le taux de réalisation des emprunts[9].

En conclusion, l'exclusion des contrats d'emprunt de la réglementation relative aux marchés publics ne permet pas de conclure de tels contrats en dehors de toute contrainte. Les pouvoirs adjudicateurs sont ainsi tenus de mettre en place une procédure concurrentielle d'attribution de ces services, pourtant formellement exclus de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire faire « comme un marché public » mais avec plus de souplesse, sans être tenus aux règles strictes normalement applicables aux marchés publics. Il en va d'ailleurs de l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs : d'une part, il s'agit pour ces services de répondre exactement à leurs besoins, dans les conditions qu'ils auront fixées ; d'autre part, il s'agit de déterminer quel opérateur économique fait valoir la meilleure offre de services, dans ces conditions.

L'Union des Villes et Communes de Wallonie met à la disposition de ses membres un modèle de cahier des charges « hors réglementation des marchés publics » (www.uvcw.be). Il s'agit d'un modèle ouvert, adaptable, laissant le choix entre plusieurs options, selon les désidératas de chaque pouvoir adjudicateur.

[9] A. Bertholomé, M. Lambert, A. Maitre, *Les services financiers d'emprunt : nouvelles contraintes et recommandations, Mouv. comm.*, 8-9/2014, pp. 34-41.