



Le CDLD modifié pour faciliter la passation des marchés communaux



Mathieu Lambert
Conseiller expert

Un décret du 17 décembre 2015 (M.B. 5.1.2016) modifie les règles de compétences au sein des communes en matière de passation des marchés publics, en réponse notamment à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A la demande de l'Union des Villes et Communes de Wallonie, à laquelle plusieurs parlementaires wallons ont répondu positivement en déposant une proposition de décret, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) vient d'être modifié, afin notamment de tenir compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat tendant à restreindre les possibilités de délégation de compétence du conseil communal au collège communal.

UNE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DE MOINS EN MOINS PRATICABLE

Pour rappel, jusqu'à présent, les règles étaient les suivantes :

- il appartenait au conseil communal de se prononcer sur le principe même de la passation d'un marché public et d'arrêter son mode de passation ainsi que ses conditions (art. L1222-3) ;
- le collège communal était néanmoins compétent pour, en lieu et place du conseil, décider de la passation d'un marché public et arrêter ses modes de passation et conditions, en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles (art. L1222-3) ;
- en outre, sur délégation du conseil cette fois, le collège communal était compétent pour, en lieu et place du conseil, décider de la passation, arrêter le mode de passation et les conditions des seuls marchés relatifs à la gestion journalière de la commune et dans la

limite des crédits inscrits au budget ordinaire (art. L1222-3) ;

- dans tous les cas, le collège communal engageait la procédure, attribuait et notifiait le marché, et surveillait son exécution (art. L1222-4) ;
- le collège pouvait également apporter au contrat toute modification qu'il jugeait nécessaire en cours d'exécution, pour autant qu'il ne résulte pas de dépenses supplémentaires de plus de 10 % par rapport au montant initial du marché (art. L1222-4). Au-delà, la décision appartenait au conseil communal.

Comme toute règle de compétence, ces règles étaient de stricte interprétation, sans donc aucune possibilité de délégations, sauf celle – limitée,

s'il en est – prévue par le CDLD lui-même.

Cela pouvait donc souvent avoir pour conséquence d'alourdir l'ordre du jour du conseil et, surtout, de ralentir la passation des marchés publics.

UNE JURISPRUDENCE RESTRICTIVE DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat, au travers de sa jurisprudence, est venu encore restreindre l'interprétation de la seule possibilité, en Région wallonne, de délégation de compétence du conseil communal au collège communal, pour des marchés relevant pourtant du fonctionnement de la commune (budget ordinaire), sans donc qu'ils impliquent une dépense d'investissement (budget extraordinaire).

En effet, le 11 janvier 2012, le Conseil d'Etat rendait un arrêt (n° 217.153), selon lequel « *c'est en vain en effet que la requérante soutient, en prétendant s'appuyer sur des antécédents législatifs et sur la doctrine, que le marché relevait de la gestion journalière dès lors qu'il était financé par le budget ordinaire. Les termes précités de l'article L1222-3, alinéa 2, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ne permettent nullement de soutenir la coïncidence de la gestion journalière et des différents postes du budget ordinaire de la commune* ».

Or, jusque-là, il semblait admis par tous – et pratiqué de la sorte dans les communes – que les deux conditions permettant pareille délégation, soit la gestion journalière et le financement à l'ordinaire, étaient redondantes. Certains auteurs considéraient ainsi que « *tout marché communal de travaux, de fournitures ou de services financé par des crédits inscrits au budget ordinaire [était] un marché relatif à la gestion journalière de la commune ; et que, dès lors, le membre de phrase "relatif à la gestion journalière de la commune" [faisait] double emploi avec le membre de phrase "dans les limites des crédits inscrits à cet effet au budget ordinaire"* » (J.-M. Leboutte et Y. Vilaine, Finances communales/gestion – *Les marchés communaux de travaux, de fournitures et de services*, Bruges, Vanden Broele, feuillets mobiles, feuillet « Législation IV.2 », note de bas de page 1). Le Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics (M.-A. Flamme et al.,

Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6^e éd., Bruxelles, C.N.C., 1996, t. 1A, p. 146) précise que « *tous les marchés financés par des crédits inscrits au budget ordinaire sont considérés comme des marchés relatifs à la gestion journalière [...]* » (les auteurs citent en référence : Q.R., Chambre, 1986-1987, n° 3, p. 3787 ; P. Lambert (dir.), *Manuel de droit communal*, t. I « La nouvelle loi communale », Bruxelles, Némésis, p. 368 ; J.-M. Leboutte, *Mouv. comm.*, 1982, p. 188). L'ouvrage *Les marchés publics - Droits belge et européen - Principes et applications* (M.J. Noël, *Les marchés publics - Droits belge et européen - Principes et applications*, vol. II, Charleroi, ESIMAP, 2000, p. 1327, n° 1266/5) indique qu'« *il faut considérer que tout marché communal de travaux, de fournitures et de services financé par des crédits inscrits au budget ordinaire de la commune est relatif à la gestion journalière de celle-ci. S'agissant donc uniquement de marchés financés par le budget ordinaire de la commune, on observera que cette délégation peut en fait concerner aussi des dépenses d'investissements alimentés par*

le budget ordinaire (leasing immobilier, informatique...) [...] ».

Plus récemment, le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence, tout en la restreignant encore (arrêt n° 230.716 du 1.4.2015). Il relève d'abord que « *la notion de 'gestion journalière' n'a pas été définie à l'occasion de l'élaboration de cette disposition ni d'ailleurs lors de celle de l'article 82bis de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dont elle s'inspire. A défaut de précision légale, il y a lieu d'entendre ces termes dans leur acception usuelle, soit l'action de gérer, au quotidien, ce qui se fait chaque jour ou encore ce qui est sujet à changer d'un jour à l'autre. S'agissant d'une disposition accordant une délégation ou une possibilité de délégation, l'article L1222-3 précité est, par ailleurs, de stricte interprétation, puisqu'il déroge à l'exercice normal des compétences au sein d'une commune* ».

Il en conclut ainsi que « *les marchés relatifs à la gestion journalière ne peuvent dès lors s'entendre que comme des marchés por-*



tant sur l'administration 'au jour le jour' de la commune, par opposition à des marchés engageant son fonctionnement sur un plus long terme ».

Or, « en l'espèce, le marché public querellé est un marché de services juridiques d'avocats qui s'étend sur une durée relativement longue, puisqu'elle couvre la moitié d'une législature communale. La circonstance que les services de l'administration seraient régulièrement confrontés à des problèmes les amenant à consulter les avocats ainsi sélectionnés ne suffit pas à qualifier le marché d'acte de gestion quotidienne. Au contraire, en liant la commune pour plusieurs années avec un cabinet d'avocats déterminé pour chaque lot attribué, le collège a pris une décision susceptible d'influer durant plusieurs années sur la manière dont seront traitées des questions, parfois importantes, qui se posent de manière récurrente à l'administration. Une telle décision engage la gestion à moyen ou long terme de la commune et s'oppose donc par nature à la notion de gestion journalière ».

En conséquence, « en choisissant le mode de passation du marché public litigieux, le collège communal a dépassé les limites des compétences qui lui ont été déléguées par le conseil communal et méconnu la notion légale de gestion journalière de sorte que la procédure d'attribution dans son ensemble est irrégulière ».

Bref, à s'en tenir à la jurisprudence du Conseil d'Etat, presque plus aucun marché public communal pourtant financé à l'ordinaire n'était susceptible d'entrer dans le champ de la délégation que le conseil peut consentir au collège. Autrement dit, nécessairement, la quasi-totalité des marchés publics communaux devait être soumise à la décision de principe du conseil (même si, bien sûr, cela restait le collège qui les attribuait et en surveillait l'exécution).

Le Ministre des Pouvoirs locaux et son administration avaient par ailleurs tiré les enseignements de cette jurisprudence et envoyé une circulaire (21.9.2015) aux communes.

DE NOUVELLES RÈGLES PLUS SOUPLES ET RESPECTUEUSES DE L'AUTONOMIE COMMUNALE

En s'inspirant plus particulièrement des règles déjà applicables aux CPAS, l'Union des Villes et Communes de

Wallonie a dès lors proposé de modifier les règles de compétences en matière de marchés publics prévues par le CDLD.

L'objectif est certainement de faciliter la prise de décisions dans les communes, en particulier pour toute une série de marchés publics pour lesquels un besoin de célérité se fera sentir, alors même que le conseil communal ne se réunit en général qu'une fois par mois, avec des ordres du jour de plus en plus denses et complexes au fil de l'année, notamment sur les budgets et comptes, la stratégie, le contrôle des intercommunales et des entités para-locales, la démocratie participative, etc. En consentant de nouvelles délégations pour des tâches de simple gestion, le conseil communal pourra dégager plus de temps pour examiner en profondeur des dossiers plus importants stratégiquement.

Et quoi qu'il en soit, le conseil communal ne se voit de toute façon pas ôter ses compétences pour les marchés publics les plus importants, puisque dans tous les cas, sans préjudice d'une modalisation des délégations par le conseil lui-même, la majorité des marchés financés à l'extraordinaire, en tout cas ceux portant sur les projets d'investissements les plus importants, continueront nécessairement de relever de la compétence du conseil.

En outre, là où il est désormais permis, l'usage du mécanisme de la délégation laisse à chaque conseil communal l'autonomie de choix en la matière, puisque c'est nécessairement lui qui jugera de l'opportunité des délégations qu'il consentira, dans les limites prévues par le CDLD.

Enfin, il s'est avéré opportun de tenir compte des prochaines évolutions législatives liées à la transposition des plus récentes directives européennes en matière de marchés publics. Les règles ont ainsi également été adaptées pour aligner les compétences des autorités communales quant aux décisions relatives aux concessions de travaux et de services sur les compétences en matière de marchés publics. En effet, les concessions feront, courant 2016, l'objet d'une réglementation propre, proche mais distincte de celle des marchés publics, et ce suite à la transposition de directives européennes. C'est ainsi l'occasion de mettre

fin à l'existence, a priori non justifiée, de règles de compétences distinctes, selon qu'il s'agit d'une concession de travaux – déjà rattachée aux marchés publics – ou d'une concession de services – jusqu'à présent non visée par le CDLD ni une réglementation propre, de sorte que l'ensemble des décisions en la matière relevait de la seule compétence du conseil (art. L1122-30).

LES NOUVELLES RÈGLES DE COMPÉTENCES EN DÉTAIL

Choix du mode de passation et arrêt des conditions du marché ou de la concession

La compétence de principe d'arrêter le mode de passation et les conditions du marché continue d'appartenir au conseil communal. Elle est étendue aux concessions de travaux et de services (art. L1222-3, par. 1^{er}, al. 1^{er}).

Néanmoins, en cas d'urgence impérieuse, peu importe la valeur du marché, peu importe son financement au budget ordinaire ou extraordinaire, sans qu'aucune délégation soit nécessaire, le collège communal pourra toujours exercer les compétences normalement attribuées au conseil (art. L1222-3, par. 1^{er}, al. 2). Là non plus, pas de changement.

En outre, le conseil peut toujours déléguer ses compétences au collège pour les marchés financés à l'ordinaire. La condition selon laquelle ces marchés devaient en outre relever de la gestion journalière de la commune est cependant supprimée, compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat (art. L1222-3, par. 2, al. 1^{er}).

Une telle délégation pourrait le cas échéant, comme précédemment d'ailleurs, être modalisée par le conseil, lequel pourrait par exemple, bien que le CDLD ne limite pas à cet égard cette possibilité, instaurer un seuil financier à la compétence déléguée au collège.

Autre nouveauté : la possibilité de délégation à l'ordinaire est étendue au directeur général ou à tout autre fonctionnaire, avec une limite de montant fixée à 2.000 euros hors TVA (art. L1222-3, par. 2, al. 2). Là aussi, le conseil pourrait le cas échéant modaliser la délégation en la limitant plus encore, bien que le seuil légal soit déjà relativement peu élevé.

Autre nouveauté encore : une possibilité de délégation à l'extraordinaire est désormais instaurée, dans certaines limites financières dépendant de la taille de la commune (art. L1222-3, par. 3) :

- 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 ;
- 60.000 euros hors TVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

A noter qu'est publiée chaque année au Moniteur belge la « population de droit par commune au 1^{er} janvier [précédent] » (les chiffres les plus récents, arrêtés au 1^{er} janvier 2015, ont été publiés au M.B. du 1.10.2015).

Et, à nouveau, le conseil pourrait le cas échéant modaliser la délégation en la limitant plus encore, bien que les seuils légaux soient déjà relativement peu élevés, s'agissant de dépenses extraordinaires.

Engagement de la procédure, attribution du marché ou de la concession et suivi de son exécution

Le collège communal reste compétent pour engager la procédure et attribuer le marché public ou la concession de travaux ou de services ; il est précisé qu'il en assure également le suivi de l'exécution (art. L1222-4, par. 1^{er}, al. 1^{er}).

Il est dorénavant prévu que, dans la limite permise par la réglementation des marchés publics, chaque fois que la négociation est permise par celle-ci, singulièrement en cas de procédure négociée avec ou sans publicité (ou encore de « procédure concurrentielle avec négociation », selon les termes de la nouvelle réglementation devant encore être transposée), mais donc ne s'agissant pas par exemple du dialogue compétitif, le collège peut à cette occasion modifier les conditions du marché ou de la concession, sans devoir obtenir l'approbation du conseil sur ces éventuelles modifications avant d'attribuer le contrat (art. L1222-4, par. 1^{er}, al. 2).

A cet égard, il convient de rappeler que les modifications aux conditions du marché, telles qu'elles résultent des négociations, ne peuvent être que marginales, non substantielles, et en tout cas ne peuvent pas modifier l'économie

générale du contrat. Si, dans ces limites, des modifications interviennent, le collège en informe le conseil communal, qui en prend acte.

Le collège reste également compétent pour apporter toute modification au marché en cours d'exécution (art. L1222-4, par. 1^{er}, al. 3).

La limite financière, jusqu'à présent fixée à maximum 10 % du montant initial du marché, est cependant supprimée. En effet, d'une part, la réglementation des marchés publics actuellement en vigueur a limité la possibilité d'apporter de telles modifications à maximum 15 % du montant initial du marché (ce n'était pas le cas auparavant), ce qui impliquait donc que le collège était compétent pour les modifications jusqu'à 10 %, le conseil devant se prononcer au-delà, tout en sachant que ça ne pouvait de toute façon pas dépasser 15 %. Ce seuil de 15 % prévu par la réglementation des marchés publics elle-même suffit donc à limiter dans tous les cas la marge de manœuvre de la commune, en l'occurrence du collège.

D'autre part, l'article 72 de la directive 2014/24, qui doit être transposée courant 2016, tout en maintenant dans certains cas la limite de 15 % (et même parfois 10 %), crée un système complexe d'hypothèses où les modifications sont admises, dans le respect d'une série de conditions souvent très strictes. Il serait dès lors impraticable pour les communes de distinguer la compétence du conseil de celle du collège pour apporter des modifications en cours d'exécution, selon tous ces critères. En outre, la possibilité de procéder à certaines modifications doit avoir été envisagée dès le départ dans les documents du marché ; autrement dit, sans préjudice d'une éventuelle délégation, le conseil en aura nécessairement approuvé le principe. Il s'agirait donc d'autant plus nécessaire de ne plus, dans le CDLD, limiter la compétence du collège en matière de modifications, sachant que la réglementation des marchés publics s'en charge de toute façon.

Enfin, puisque dans les conditions prévues à l'article L1222-3, le conseil peut déléguer ses compétences au collège, au directeur général ou à tout autre fonctionnaire, il s'avère nécessaire d'adapter en conséquence les règles de compétences au niveau de l'attribution et

de l'exécution des marchés publics et concessions. Ainsi, dans un souci de cohérence, une telle délégation de compétences du conseil communal au directeur général ou à un autre agent emportera automatiquement l'attribution à celui-ci des compétences appartenant normalement au collège (art. L1222-4, par. 2).

Conflits d'intérêts

L'article L1125-10, al. 1^{er}, 1^o, du CDLD prévoit qu'il est interdit aux membres du conseil et du collège de prendre part, directement ou indirectement, dans aucun service, perception de droit, fourniture ou adjudication quelconque pour la commune. Pratiquement donc, eux-mêmes ou par l'entremise de certaines personnes (y compris morales – les sociétés) qui leur sont liées, les mandataires communaux ne peuvent être adjudicataires de marchés ou concessions de la commune.

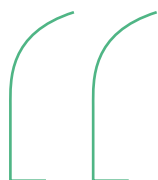
Cette interdiction est déjà rendue applicable au directeur général par le CDLD (art. L1125-10, al. 2).

Elle est dorénavant logiquement rendue applicable aux fonctionnaires auxquels le conseil aura délégué des compétences en matière de marchés ou de concessions (art. L1222-5).

En outre, on ne perdra pas de vue les dispositions de l'article 8 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics (et les règles correspondantes dans les nouvelles directives non encore transposées) qui prévoient que, sans préjudice des législations organiques des différents pouvoirs adjudicateurs, en l'occurrence le CDLD, il est de toute façon interdit à tout fonctionnaire d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et l'exécution d'un marché public dès qu'il pourrait se trouver, soit personnellement, soit par personne interposée, dans une situation de conflit d'intérêts avec un candidat ou un soumissionnaire. Dans ce cas, le fonctionnaire n'a d'autre choix que de se récuser.

EN PRATIQUE

Ces nouvelles règles ne valent pas pour les 9 communes de la Communauté germanophone, puisque la compétence régionale quant au fonctionnement des pouvoirs locaux lui a été transférée.



De nouvelles règles plus souples et respectueuses de l'autonomie communale



D'ailleurs, par un décret-programme du 2 mars 2015 (art. 38), la Communauté germanophone avait déjà apporté des modifications à ces règles de compétences, pour les communes de son ressort, en supprimant l'épithète « ordinaire » de l'article L1222-3 du CDLD. Autrement dit, le conseil communal peut déléguer ses compétences au collège communal, pour tout marché public, peu importe qu'il soit financé à

l'ordinaire ou à l'extraordinaire, mais pour autant néanmoins qu'il relève de la gestion journalière de la commune. Certainement inspirée des modifications précédemment intervenues en Région bruxelloise, cette extension de la possibilité de délégation de compétence du conseil au collège devrait cependant rester assez limitée, étant donné que la seconde condition – la gestion journalière – est maintenue, y compris pour les

dépenses extraordinaires. Or, justement, c'est cette condition relative à la gestion journalière qui pose le plus de problèmes aujourd'hui, compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les nouvelles règles découlant du décret du 17 décembre 2015 reposent, on l'a vu, sur un mécanisme de délégation ; il n'y a donc aucun automatisme à cet égard : sans préjudice des compétences de principe qui sont d'ailleurs maintenues, le conseil doit expressément décider de déléguer ses compétences, dans les limites permises par ces nouvelles règles, le cas échéant en modalisant pareilles délégations, pour permettre au collège et aux agents communaux de les exercer.

A cet égard, la délégation actuelle existant dans la toute grande majorité des communes, pour les marchés financés à l'ordinaire et relevant de la gestion journalière, ne devient pas automatiquement caduque, selon nous. Cela dit, elle est et demeure limitée aux marchés relevant effectivement de la gestion journalière, selon l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat. Autrement dit, pour – logiquement – l'étendre à tous les marchés à l'ordinaire, il convient que le conseil prenne une nouvelle délibération en ce sens, avant que le collège puisse effectivement se saisir de cette compétence.

Et, a fortiori, s'agissant de la délégation à l'ordinaire au profit d'agents communaux ou celle à l'extraordinaire au profit du collège, des délibérations ad hoc s'avèrent nécessaires.

Par conséquent, bien que ces nouvelles dispositions soient entrées en vigueur le jour de la publication du décret au *Moniteur belge*, soit le 5 janvier 2016, elles ne pourront pleinement sortir leurs effets, dans les communes qui le souhaitent, qu'après que les points relatifs à ces délégations ont été mis à l'ordre du jour du conseil selon les règles prévues par le CDLD et que les délibérations en ce sens ont effectivement été adoptées par le conseil.

Des modèles de délibérations du conseil communal sont disponibles sur le site internet de l'Union.