

PME, marchés publics et principe de concurrence à l'aune de la nouvelle réforme européenne

Le renforcement de l'accès, de la participation et du poids des petites et moyennes
entreprises dans la passation des marchés publics

Mémoire réalisé par
Julie Perniaux

Promoteur
Kris Wauters

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Il me tient à cœur d'adresser quelques remerciements avant de vous laisser découvrir ce mémoire.

Dans le cadre de ce projet, je remercie mon promoteur, Kris Wauters, pour être resté ouvert à mes suggestions, et pour sa disponibilité. Je tiens tout particulièrement à remercier Jacques Bounameaux pour m'avoir permis de réaliser un stage à l'IFAPME et de participer à des conférences sur le sujet, ainsi que Sandrine Villette et son équipe du service juridique pour m'avoir fait comprendre la dynamique qui se cache derrière les marchés publics et pour m'avoir donné le goût et l'envie de creuser dans ce domaine.

La rédaction de ce travail et le développement de mes idées n'auraient probablement pas été aussi intéressants et captivants sans les précieux conseils et pistes de réflexion apportés par Ignacio Herrera Anchustegui, Elke Van Overwaele, Muriel Gerkens, Nathalie Bergeret, Charlotte Hanquet, et Francis Carnoy, envers lesquels je suis très reconnaissante.

Plus largement, je remercie l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve, et la Faculté de Droit, pour avoir contribué à mon épanouissement tant intellectuel que personnel. Je pense spécialement à l'opportunité que j'ai eue de partir en Erasmus en Norvège, ainsi qu'aux belles rencontres, entre autres, avec Floriane, Yasmina, Thibaut, Yassine, Antoine, Victor, Eloïse et Ophélie, qui ont ajouté un « brin de folie » et des milliers d'anecdotes à mon parcours universitaire.

Il m'importe également de remercier mes amis proches, en particulier Martin, Mathilde et Matthieu, pour m'avoir encouragée et supportée lors des périodes plus angoissantes.

Et finalement, je remercie du fond du cœur mes parents pour m'avoir donné la possibilité, et la force d'entreprendre et de terminer des études universitaires au cours desquelles ils m'ont toujours soutenue tout en m'accordant leur confiance.

Il ne me reste plus qu'à vous souhaiter une agréable lecture.

INTRODUCTION	1
TITRE I. GENERALITES, CONCEPTUALISATION	3
Chapitre 1. Définition des concepts et aperçu des motivations	4
Section 1. Définition de la notion « PME »	4
Section 2. Marchés publics, accès et participation	6
§1. Notion de marchés publics et cadre juridique	6
A. Dans l'Union européenne	6
B. En Belgique	8
§2. Accès et participation aux marchés publics	10
§3. Données chiffrées	10
Section 3. Motivations des autorités à soutenir les PME dans les marchés publics	12
Section 4. Consécration du soutien des PME	14
§1. Au niveau européen, de la soft law à une approche législative plus astreignante	14
§2. Au niveau belge	16
Chapitre 2. Concurrence et mise en concurrence	18
Section 1. Marchés publics et concurrence en général	18
§1. Interdiction de toute discrimination sur base de la nationalité	19
§2. Egalité de traitement	20
§3. Obligation de transparence	21
§4. Suppression des barrières	21
Section 2. Concrétisation des principes dans la passation des marchés publics	22
§1. Préparation de la procédure	22
§2. Publicité et appel à la concurrence	23
§3. Procédures et négociations	24
§4. Structure de la commande, sélection qualitative et critères d'attribution	25
§5. Exceptions à la (mise en) concurrence	26

TITRE II. DIFFICULTÉS RENCONTRÉES PAR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES ET SOLUTIONS DÉGAGÉES PAR LES AUTORITÉS LÉGISLATIVES EUROPÉENNES ET NATIONALES	28
Chapitre 1. Taille du marché	29
Section 1. Position du problème : regroupement et concentration des commandes	29
§1. Centrales d'achat	30
§2. Accords-cadres	31
§3. Marchés conjoints	32
§4. Risques encourus par ces techniques	33
Section 2. Groupements d'opérateurs économiques	34
Section 3. Marchés à lots	35
§1. Définition et cadre juridique	36
§2. Possibilité de rendre la division en lots obligatoire	37
§3. Régime imposé par la directive	38
§4. Proposition de loi du 22 juin 2015 visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises	39
Chapitre 2. Critères de sélection et d'attribution	41
Section 1. Inscription du principe de proportionnalité	42
Section 2. Chiffre d'affaires ne dépassant pas le double montant du marché	42
Section 3. Cumul du chiffre d'affaires par la proposition de loi du 22 juin 2015	44
Section 4. Agréation	45
Section 5. « Labellisation » des critères	47
Chapitre 3. Volet administratif	48
Section 1. « e-Procurement »	48
§1. Notification électronique et publication électronique	49
§2. Procédures électroniques	50
Section 2. Déclarations sur l'honneur	51
§1. Déclaration implicite sur l'honneur et le DUME	51
§2. e-CERTIS	53

§3. Digiflow et Télémarc	53
§4. Crédo « only once » repris par la proposition de loi du 22 juin 2015	54
Section 3. Délais	55
Chapitre 4. Sous-traitance	57
Section 1. Problématique du dumping social	58
Section 2. Encadrement de la sous-traitance	59
Section 3. Action directe et paiement direct	59
§1. Action directe	60
§2. Paiement direct	61
Chapitre 5. Relations entre les donneurs d'ordre publics et les PME	63
TITRE III. SOLUTION DÉGAGÉE DANS LE CADRE DU MÉMOIRE	65
Chapitre 1. Définition des rôles du Bureau et leur mise en œuvre	66
Section 1. Coaching des pouvoirs adjudicateurs	66
Section 2. Plate-forme PME	67
§1. Recenser les offres	67
§2. Alléger de la charge administrative et soutenir juridiquement les PME	67
§3. Regrouper les PME en association momentanée	68
Chapitre 2. Structure	69
CONCLUSION	70
BIBLIOGRAPHIE	72
ANNEXES	83

INTRODUCTION

Le 26 février 2014, l'Union européenne lançait la quatrième réforme du paquet « marchés publics ». Aux côtés des vocations traditionnelles qui orientent la plupart des directives européennes, l'actuelle réforme comporte des aspirations nouvelles telles que l'innovation et la facilitation de l'accès et de la participation des petites et moyennes entreprises (PME).

Notre choix s'est tourné vers la problématique de l'accès et de la participation des PME à la commande publique ainsi que le renforcement de leur position sur ce marché pour plusieurs raisons. Aux côtés des considérations sociales et environnementales, la cause des PME s'inscrit dans la politique de développement durable qui s'exalte dans les réglementations marchés publics. Il s'avère toutefois que cette dimension sort quelque peu de l'orbite des auteurs, au contraire des deux autres, c'est pourquoi nous avons décidé d'y porter notre attention. Le second motif tient au fait que les PME belges sont touchées par un phénomène relativement moderne : le dumping social. La lutte contre le dumping social figure au cœur de l'actualité belge, elle doit être entreprise dans le respect de certaines limites et ne pas entraver les libertés instaurées par l'Union européenne. Faciliter l'accès des PME aux marchés publics constitue selon nous un moyen de lutte indirect face à cette problématique et mérite par conséquent d'être abordé en détail.

Le premier titre établit les concepts et le cadre dans lequel les développements subséquents s'inscrivent. Après avoir défini les PME et les marchés publics, ainsi que relevé les motifs qui légitiment la préoccupation des autorités européennes et nationales à protéger et à accorder le développement de telles entreprises, nous nous arrêterons sur l'un des principes-clés de l'Union européenne : la concurrence.

Les tentations qui effleurent les personnes devant contracter au nom des pouvoirs publics sont multiples, et d'autant plus au niveau des pouvoirs locaux. Nous verrons à travers quoi les réglementations marchés publics s'évertuent à assurer un degré minimal de concurrence au cours de toute la procédure de passation.

Nous poursuivrons ensuite en recensant les éléments qui constituent des freins à l'accès et à la participation des PME aux marchés publics, ainsi que les moyens et solutions y relatifs

envisagés par les législateurs. Outre la taille des marchés et la charge administrative sollicitée pour émettre une offre, les PME doivent faire face, entre autres, aux exigences de capacité financière (chiffre d'affaires) et technique (agrément), aux pressions exercées par les entrepreneurs principaux dans les relations de sous-traitance, ainsi qu'au manque de capacité des pouvoirs adjudicateurs à émettre des offres abordables pour les PME. Si les solutions sont nombreuses, les Etats membres bénéficient d'une marge de manœuvre intéressante quant à la transposition du texte des nouvelles directives européennes, ce pourquoi nous nous sommes permis d'émettre notre avis quant à la façon de transposer la directive dans une perspective de soutien maximal aux PME.

L'enjeu de ce mémoire gît donc en particulier dans la limite entre la facilitation de l'accès et de la participation des PME et le respect d'une concurrence suffisante.

Nous terminerons par le développement d'un nouveau concept qui pourrait assurer le relais entre les donneurs d'ordre publics et les PME, ainsi qu'entre les PME elles-mêmes. Nous tenterons de poser les limites auxquelles ce concept doit se confronter et de déterminer les rôles qu'il serait amené à remplir.

TITRE I. GENERALITES, CONCEPTUALISATION

L'ampleur des dépenses publiques qui sont alléguées par la passation des marchés publics est considérable et fait de ces derniers un instrument politique redoutable. Les autorités publiques ont la possibilité de s'en servir pour assurer la mise en œuvre d'objectifs horizontaux ainsi que le développement de considérations politiques diverses, comme la prise en compte du développement durable¹.

Par conséquent, le statut d'acheteur public amène celui-ci à effectuer ses commandes dans le respect d'une ligne de conduite définie par les autorités compétentes. Celle qui nous intéresse dans le cadre de ce mémoire est la facilitation de l'accès et de la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, ainsi que le renforcement de leur position sur le plan économique.

Après avoir défini les concepts essentiels et le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette problématique, nous développerons également les moyens, juridiques ou stratégiques, mis en œuvre par les autorités belges ou encore européennes, dans le but de faciliter l'accès et la participation des petites et moyennes entreprises (*ci-après*, « PME ») aux marchés publics.

Le caractère public de la transaction engendre une série d'obligations dans le chef du pouvoir émetteur de l'offre de marché public. Nous nous arrêterons également sur le principe de concurrence, ses contours, les obligations qu'il entraîne et la façon dont son respect est mis en œuvre au fil de la procédure de passation des marchés publics, au vu des risques qu'une politique d'aide à une catégorie d'entreprises peut engendrer à ce niveau.

¹ Voyez par exemple la circulaire ministérielle du 16 mai 2014 visant l'intégration du développement durable, en ce compris les clauses sociales et les mesures favorisant les petites et moyennes entreprises, dans le cadre des marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales, *M.B.*, 21 mai 2014, p. 40529.

Chapitre 1. Définition des concepts et aperçu des motivations

Les PME forment le berceau de l'économie de nombreux pays². C'est donc à juste titre que leur accès aux marchés publics, qui constituent un tremplin pour le développement et le financement de ce type d'entreprises³, canalise l'attention des autorités aussi bien européennes que nationales.

Section 1. Définition de la notion « PME »

Le souci de spécifier et d'encadrer la catégorie « PME », à laquelle de nombreux instruments légaux se réfèrent, a amené la Commission européenne (*ci-après*, « la Commission ») à supprimer les incohérences existantes entre les Etats membres en concevant une définition commune applicable au sein de l'Union européenne (*ci-après*, « UE »). La Commission a également rédigé un guide adressé aux Etats membres pour l'application et l'utilisation correcte de la définition⁴.

Le 6 mai 2003, la Commission européenne adopte une recommandation concernant la définition des petites et moyennes entreprises⁵.

Une recommandation ne lie pas les Etats membres⁶, ou autrement dit, elle n'a pas de force juridique. Elle permet aux institutions de se prononcer de manière non-contraignante à l'égard des Etats membres et dans certains cas, aussi à l'égard des citoyens de l'Union⁷.

Cette harmonisation étymologique européenne visant à supprimer les incohésions, toujours dans la logique d'un seul marché sans frontières intérieures⁸, constitue un grand pas sur la voie de l'amélioration du contexte commercial pour les PME.

² Voir la troisième section de ce chapitre.

³ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, « La participation et l'accès des PME aux marchés publics : approche quantitative et qualitative », Cahier de recherche de l'Ecole de gestion de l'Université de Liège, 2008, n° 200803, Synthèse, p. 2.

⁴ Commission européenne, « La nouvelle définition des PME. Guide de l'utilisateur et modèle de déclaration », *Offices des Publications*, 2006.

⁵ Recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.*, L 124, du 20 mai 2003, p. 36. *Ci-après* « Recommandation 2003/631/CE ».

⁶ Art. 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 47 et s.

⁷ M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2014, p. 272.

⁸ Considérant n° 1 de la recommandation 2003/361/CE précitée.

La Commission définit ce type d'entreprises en termes de capacité financière (selon des seuils) et en termes de personnel effectif. L'article 2 de la recommandation subdivise les petites et moyennes entreprises en trois catégories :

– Les PME⁹

« entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros »

– Les petites entreprises

« entreprises qui occupent moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros »

– Les micro-entreprises

« entreprises qui occupent moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros »

Révisé en 2015¹⁰, le guide explicite également que la taille et le chiffre d'affaires ne suffisent pas à déterminer si une entreprise qui remplit ces critères peut revêtir le statut de PME. Il ajoute que d'autres facteurs méritent d'être pris en compte, comme le fait que l'entreprise fasse partie d'un réseau ou qu'elle soit en partenariat avec d'autres, et que pour ce genre d'entreprises à structure complexe, une analyse « au cas par cas » est requise¹¹.

Les micro-entreprises sont les plus nombreuses à travers l'UE, mais restent celles qui, en pratique, ressentent le moins l'amélioration, ou tout simplement la mise en œuvre des politiques de facilitation de leur accès aux marchés publics¹².

⁹ Nous associerons la définition de la catégorie générale des « PME » à celle des moyennes entreprises pour le reste de ce mémoire.

¹⁰ European Commission, *User guide to the SME definition*, 6th of May 2015, Ref.Ares(2015), 1914862. Disponible uniquement en anglais via le site web : http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/index_en.htm. Ci-après « *User guide to the SME definition* ».

¹¹ *User guide to the SME definition* précité, pp. 4 et 7.

¹² A. FLYNN AND P. DAVIS, « The rhetoric and reality of SME-friendly procurement », *Public Money & Management*, 2015, 35:2, p. 111.

La base de données de l'analyse des auteurs se limite aux PME en compétition pour les marchés publics irlandais. Au vu des chiffres révélés par la Commission européenne, repris dans la proposition de loi du 22 juin 2015 visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises (*Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1196/001) p. 3, cette observation peut être prise en considération dans un contexte européen.

Section 2. Marchés publics, accès et participation

§1. Notion de marchés publics et cadre juridique

Un marché public est généralement défini comme un contrat, à titre onéreux, entre deux personnes dont le commanditaire est un pouvoir adjudicateur, une entreprise publique ou une entité adjudicatrice, conclu avec un opérateur économique et qui porte sur des travaux, fournitures ou services visés par la loi¹³.

La technique de l'achat public constitue un véritable instrument via lequel les autorités peuvent mettre en œuvre, indirectement, des objectifs de divers ordres tels que politiques, économiques, sociaux,... et non juste un outil administratif, juridique et technique permettant simplement aux pouvoirs publics de rencontrer leurs besoins¹⁴.

A. *Dans l'Union européenne*

Le secteur public est le plus gros consommateur dans l'économie d'un pays¹⁵. En 2009, avec un montant de dépenses publiques d'environ 2 100 milliards d'euros, les marchés publics atteignaient les 19% du PIB européen¹⁶.

L'UE attache beaucoup d'intérêt à la réglementation de la commande publique. Cela réside principalement dans le fait qu'une telle forme d'approvisionnement public a un véritable potentiel à affecter le commerce dans le marché intérieur, notamment en termes de barrières à l'échange¹⁷.

En effet, la tendance à attribuer les marchés à des entreprises nationales plutôt qu'à d'autres par motifs purement protectionnistes constitue une réelle menace pour l'achèvement du marché intérieur¹⁸.

¹³ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP 2015*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 101.

¹⁴ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵ European Commission, *Commission Staff Working Paper : Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1*, Brussels, 27 juin 2011, SEC (2011) 853 final. Disponible uniquement en anglais : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf, p. 2. Ci-après « European Commission, *Commission Staff Working Paper : Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1* ».

¹⁶ European Commission, *Commission Staff Working Paper : Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1* précité, p. 2.

¹⁷ S. ARROWSMITH, « The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies », in C. BARNARD, M. GEHRING AND I. SOLANKE (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (Hart Publishing, Oxford, 2011 – 2012), vol. 14, p. 4.

¹⁸ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 4.

Réguler cette matière au niveau européen paraît donc indispensable ; non seulement dans le but de faire respecter les libertés fondamentales inscrites dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et d'éliminer les barrières à l'échange afin de permettre aux entreprises d'un Etat membre de répondre à des marchés publics dans un autre Etat, mais également, de les rendre plus compétitives au sein du marché intérieur¹⁹.

En 2011, alors que les transpositions des directives 2004/18²⁰ et 2004/17²¹ sont à peine, voire pas encore, en vigueur dans les Etats membres, la Commission européenne soumet une proposition de révision des directives marchés publics²² visant à simplifier, actualiser et assouplir les procédures de passation des marchés²³.

Les discussions au sein des institutions ont débouché sur l'adoption de trois nouvelles directives : la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE²⁴ (*ci-après*, « directive 2014/24 » ou « nouvelle directive »), la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE²⁵, ainsi que la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution des contrats de concessions²⁶. Seule la directive 2014/24 servira de base à la rédaction de ce mémoire.

Cette directive établit les règles pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée atteint ou dépasse les seuils européens²⁷. Ces seuils sont inscrits à l'article 4 de ladite directive et sont les suivants : 5 186 000 euros pour les marchés publics de travaux,

¹⁹ C. H. BOVIS, « Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, vol. 4, p. 221.

²⁰ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, fournitures et de services, *J.O.U.E.*, L 134, du 30 avril 2004, p. 114.

²¹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, L 134, du 30 avril 2004, p. 1.

²² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, *C.O.M.* (2011) 896 final.

²³ A.L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Bruxelles, 2014, La Charte, p. 142 et 145.

²⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 65.

²⁵ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 243.

²⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concessions, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 1.

²⁷ Art. 1, § 1, de la directive 2014/24 précitée.

134 000 euros ou 207 000 euros pour les marchés publics de fournitures en fonction des autorités qui les passent, et 750 000 euros pour les marchés publics de services²⁸.

Les Etats membres travaillent actuellement sur la transposition de ces directives, qui devrait être finalisée au plus tard le 18 avril 2016²⁹.

Depuis quelques années, la Cour de justice de l'Union européenne joue un rôle essentiel dans la dynamique des marchés publics, notamment en apportant un soutien aux institutions européennes dans leur quête de renforcer l'application des trois principes fondamentaux qui couvrent les marchés publics : non-discrimination, concurrence et transparence³⁰ et également en interprétant diverses notions spécifiques aux marchés publics³¹.

B. En Belgique

En Belgique, chaque année, vingt mille pouvoirs adjudicateurs accordent un budget avoisinant les cinquante milliards d'euros aux marchés de travaux (environ 30% de ce budget) et aux marchés de fournitures et services (environ 70% dudit budget)³². Les marchés publics représentent 15 à 20% du Produit Intérieur Brut³³.

Les marchés publics peuvent conduire à la promotion et au développement de nouveaux produits et de nouvelles technologies en stimulant le déploiement ou le redéploiement économique et industriel d'un pays ou d'une région³⁴.

La circulaire du premier ministre datant du 25 juillet 1977 relevait déjà que « *les marchés publics doivent constituer, aujourd'hui plus encore que par le passé, un instrument actif de politique économique des pouvoirs publics (...) [ils] doivent être également un élément efficace de diversification de l'activité industrielle et commerciale, de promotion du progrès technique et d'abaissement des prix de revient* »³⁵.

²⁸ Voyez art. 4 de la directive 2014/24 précitée pour plus de détails.

²⁹ Art. 90 de la directive 2014/24 précitée.

³⁰ C. H. BOVIS, *op. cit.*, p. 222.

³¹ *Ibidem*, pp. 221 – 222.

³² Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 3.

³³ Selon le site de l'Agence pour la Simplification Administrative (ASA), <http://www.simplification.be/livre/simplification/simplification>

³⁴ Y. CABUY, « La cadre général de la loi du 15 juin 2006 et ses grands principes », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique* (sous la dir. de Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL ET M. VASTMANS), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 18.

³⁵ Circulaire de M. le Premier Ministre concernant le libre choix des procédures de passation des marchés publics, du 25 juillet 1977, *M.B.*, 29 juillet 1977, p. 9707.

Cette approche d'instrument politique se traduit aujourd'hui dans la législation belge par l'insertion de considérations économiques, environnementales, sociales³⁶ et éthiques dans la commande publique, à l'image de la circulaire de l'Autorité fédérale du 16 mai 2014 prônant une perspective d'achat public durable³⁷.

Le cadre législatif en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013 se compose de la loi du 15 juin 2006³⁸, escortée par trois arrêtés royaux du 15 juillet 2011 concernant les secteurs classiques³⁹, du 16 juillet 2012 concernant les secteurs spéciaux « publics »⁴⁰ et du 24 juin 2013⁴¹ relatif aux secteurs spéciaux « privés »⁴². Un autre arrêté royal du 14 janvier 2013 établit les règles générales d'exécution des marchés publics⁴³, et une loi du 17 juin 2013 concernant les règles de recours⁴⁴ vient compléter ce panel de textes.

En ce qui concerne la transposition de la directive 2014/24 attendue pour avril 2016, les institutions y travaillent. Les lois du 15 et 16 juin 2006⁴⁵ qui transposaient les directives précédentes⁴⁶ ont valu à la Belgique une condamnation de la Cour de justice de l'Union européenne pour défaut de transposition⁴⁷.

Dans les transpositions précédentes, la Belgique a opté pour l'uniformité des procédures de marchés publics. Autrement dit, il n'existe pas de législation à part entière pour les marchés publics n'atteignant pas les seuils européens. La Belgique a d'autre part tendance à transposer les textes communautaires de façon minimale, ne rendant pas obligatoires les options qui

³⁶ Pour plus de détails, nous vous renvoyons vers R. CARANTA AND M. TRYBUS, *The law of green and social procurement in Europe*, Djof Publishing, Copenhagen, 2010.

³⁷ Circulaire du 16 mai 2014 sur l'intégration du développement durable dans le cadre des marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales précitée.

³⁸ Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, p. 7355.

³⁹ AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44862.

⁴⁰ AR du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 11 février 2013, p. 6880.

⁴¹ AR du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de services postaux, *M.B.*, 27 juin 2013, p. 40775.

⁴² V. BERTRAND, « La réforme de l'attribution des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* (sous la dir. de A. L. DURVIAUX ET N. THIRION), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 88.

⁴³ AR du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8752.

⁴⁴ Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 21 juin 2013, p. 39949.

⁴⁵ Loi du 15 juin 2006 précitée et Loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, p. 7388.

⁴⁶ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2014*, Kluwer, Waterloo, 2013, p. 92.

⁴⁷ C.J.C.E., C-287/07 et C-292/07 du 23 avril 2009.

permettent aux Etats membres d'aller plus loin, laissant par conséquent une marge de manœuvre plus large aux pouvoirs adjudicateurs. On peut s'attendre à ce que les législateurs adoptent le même mode de transposition.

§2. Accès et participation aux marchés publics

La participation à un marché public implique de prendre en considération toute PME qui se porte candidate à un marché public soumis par un pouvoir adjudicateur (sous réserve selon nous qu'elle respecte les conditions fixées par celui-ci) et qu'elle matérialise effectivement ce désir en remettant une offre en réponse à un marché ou qu'elle en reste au stade de l'intention non concrétisée par la remise d'une offre écrite⁴⁸.

L'approche de D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN quant à la notion d'accès se décline en deux aspects.

Le premier concerne la prise de connaissance par le dirigeant d'une PME de l'existence d'un marché public auquel il serait susceptible de répondre. Cela se traduit également par l'obtention d'une information pertinente adaptée aux besoins du dirigeant de PME, dans le contexte plus large et intégralement réglementé de la publicité des offres de marchés publics⁴⁹.

Le deuxième aspect touche à l'ensemble des formalités et contraintes contractuelles rencontrées lorsqu'une PME souhaite introduire une offre conforme en réponse à un marché, à savoir notamment les exigences et attestations administratives, financières, fiscales et sociales, qualifications techniques et garanties financières⁵⁰.

§3. Données chiffrées

En 2010, la Commission européenne a publié une analyse de l'accès des PME aux marchés publics dans les Etats membres de l'UE⁵¹.

⁴⁸ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 2. Les auteurs ne se réfèrent qu'à la procédure d'appel d'offres. Nous nous sommes permis d'étendre la définition de ces principes aux procédures de passation en général.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Commission européenne, *Evaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'Union européenne*, DG Entreprise et Industrie, 2010. La période visée par cette étude s'étale de 2006 à 2008. Ci-après « Commission européenne, *Evaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'Union européenne* ».

Selon les chiffres relevés par l'Union européenne, 60% des contrats d'un montant supérieur aux seuils communautaires furent remportés par des PME, ce qui équivaut à 34% des parts de marché⁵².

La répartition de ces marchés entre les différents types d'entreprises est révélatrice. Avec 18% des marchés décrochés, les micro-entreprises n'ont obtenu que 6% des parts de marché, contre 11% des parts de marché pour les petites entreprises. Les moyennes entreprises quant à elles ne s'en sortent pas si mal avec 20% des contrats remportés, équivalant à 16% des parts de marché⁵³.

Au vu des chiffres, il semble que le focus visant l'amélioration de l'accès et de la participation des PME doit être mis davantage sur les petites et micro-entreprises, et ce d'autant plus en Belgique étant donné le tissu économique constitué très largement de cette dernière catégorie d'entreprises⁵⁴.

Le rapport de février 2014 distingue les marchés publics supérieurs aux seuils et ceux inférieurs aux seuils. Il en ressort que les PME se voient attribuer plus de marchés sous les seuils qu'au-dessus, ce qui paraît logique. En termes de nombre de contrats « gagnés », les PME détiennent aux alentours de 58% dans les marchés sous les seuils contre 45% pour les autres, ce qui n'équivaut qu'à 29% des parts de marché⁵⁵.

Après avoir défini les notions essentielles et démontré que les PME n'ont pas réellement la cote en termes d'accès et de participation aux marchés publics, il paraît opportun d'exposer les raisons qui motivent les pays à soutenir ces entreprises (troisième section).

La dernière section de ce chapitre est consacrée à un compte rendu non-exhaustif de la concrétisation de ces motifs au travers d'instruments adoptés tant au niveau belge qu'euro-péen.

⁵² Commission européenne, *Evaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'Union européenne*, p. 32.

⁵³ Commission européenne, *Evaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'Union européenne*, p. 32.

⁵⁴ Les micro-entreprises représentent 94% des entreprises en Belgique. Voyez section 3 de ce chapitre.

⁵⁵ European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, DG Internal Market and Services, Feb. 2014, pp. 5 – 6. Ci-après « European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU* ».

Section 3. Motivations des autorités à soutenir les PME dans les marchés publics

Le maintien et le développement des PME figurent dans les priorités de nombreux Etats. Dans l'Union européenne, on enregistre approximativement 20 millions de PME, ce qui représente 99% de toutes les entreprises et plus de la moitié du PIB européen⁵⁶. Dans les Etats membres, le nombre de PME varie mais reste relativement important au sein de tous⁵⁷. Dans des pays comme l'Italie, le Portugal ou encore la France, près de 99% des entreprises sont des PME⁵⁸.

En Belgique en 2012, les chiffres étaient similaires. 94% des entreprises étaient des micro-entreprises et la catégorie générale des PME dénombrait près de 99% d'entre elles⁵⁹.

En raison de leur volume et de leur nature, les marchés publics sont susceptibles de former une source de développement pour ces entreprises⁶⁰.

Promouvoir les PME attire l'attention des politiques de par les nombreux emplois et également l'innovation en termes de processus et de produits que ces entreprises génèrent⁶¹.

Les PME sont effectivement un vecteur pour la création d'emplois⁶². Les chiffres parlent pour le territoire européen : en France, ce type d'entreprises compterait environ 60% des travailleurs, contre 80% en Italie et 72% au Portugal⁶³. L'emploi n'étant considéré que comme un objectif secondaire dans les marchés publics⁶⁴, la cause des PME au sein du marché intérieur est généralement abordée comme un objectif de la même nature que celui-ci.

⁵⁶ European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU* précité, p. 5.

⁵⁷ M. TRYBUS, « The Promotion of Small and Medium Sized Entreprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive », in *Modernising Public Procurement : The New Directive* (F. LICHÈRE, D. DRAGOS AND R. CARANTA Eds.), Djof Publishing, 2014, European Procurement Law Series, vol. 6, p. 258.

⁵⁸ Voyez les tableaux provenant de *According to Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard*, OECD Publishing, Paris, 2012, repris à l'Annexe I.

⁵⁹ SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, *Analyse des statistiques structurelles des entreprises*, publiée en 2012, disponible sur http://statbel.fgov.be/fr/binaries/analyse_fr_tcm326-253652.pdf, pp. 7 – 8, pages reprises dans l'Annexe II.

⁶⁰ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 2.

⁶¹ D. MC KEVITT AND P.DAVIS, « Microentreprises : how they interact with public procurement processes », *International Journal of Public Sector Management*, 2013, vol. 26, p. 469.

⁶² M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 257.

⁶³ *According to Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard* précité, p. 76 (France), p. 91 (Italie), p. 119 (Portugal). Voyez Annexe I.

⁶⁴ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 257.

En Belgique, les PME apportent une contribution importante à l'emploi, il appert en effet que deux personnes occupées sur trois (environ 70 %) travaillent dans une PME⁶⁵.

Vu la tendance des petites entreprises à se développer localement, la promotion de PME entraîne celle de l'économie locale⁶⁶. Néanmoins, « local » rime avec protectionnisme, ce qui tend à contrarier les objectifs du marché intérieur, avec les quatre libertés fondamentales, et par conséquent ceux des directives marchés publics⁶⁷. L'aspect protectionniste mérite toutefois d'être nuancé. On aurait tort de considérer les PME seulement comme des acteurs locaux, ou nationaux. En effet, certaines peuvent être amenées à répondre à des marchés publics dans des pays voisins, si la structure du marché le permet⁶⁸.

Si la promotion des PME est une manière de « booster » la création d'emplois, les aider à accéder aux offres de marchés publics déboucherait également sur un renforcement de la concurrence dans ce domaine⁶⁹.

Les objectifs poursuivis par l'Union européenne lorsqu'elle évoque les PME, tel le renforcement de la concurrence et des marchés transnationaux⁷⁰, diffèrent quelque peu de ceux des Etats membres. Les PME ciblées par les instruments belges visent en général, non-explicitement afin d'éviter une accusation de favoritisme, la facilitation de l'accès des PME nationales⁷¹.

Derrière une disposition qui tend à ouvrir les portes de la commande publique aux PME peut aisément se cacher une discrimination envers les autres entreprises concurrentes sur le marché, et en ce sens, compromettre les objectifs de non-discrimination sur base de la

⁶⁵ SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, *Analyse des statistiques structurelles des entreprises*, publiée en 2012, disponible sur http://statbel.fgov.be/fr/binaries/analyse_fr_tcm326-253652.pdf, p. 8.

⁶⁶ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Document de travail de la Commission, *Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics*, publié le 25 juin 2008, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_fr.pdf, p. 2. Ci-après « Code européen des bonnes pratiques ».

⁷⁰ Voyez par exemple le considérant n° 42 de la directive 2014/24 précitée : « il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable ».

⁷¹ Dans le cadre de ce mémoire, nous ne prendrons pas ces deux visions en compte, excepté dans le chapitre consacré à la sous-traitance et à la problématique du dumping social.

nationalité et d'égalité de traitement⁷². Ces derniers seront commentés dans le chapitre suivant.

Section 4. Consécration du soutien des PME

§1. Au niveau européen, de la soft law à une approche législative plus astreignante

Les directives 2004/17 et 2004/18 précitées n'arboraient pas réellement de dispositions en faveur des PME. Du moins, cela ne faisait pas partie de leurs objectifs principaux.

Bien que mentionnées dans divers articles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*ci-après* « TFUE »)⁷³, tels que les articles 153(2)(b)⁷⁴, 173 (1)⁷⁵ et 179 (2)⁷⁶, les PME n'ont suscité l'intérêt de l'UE que vers la fin des années 2000.

En se basant sur les pratiques nationales les plus favorables à l'émergence des PME dans la commande publique, l'UE choisit la voie de la *soft law*⁷⁷ pour tenter de retenir l'attention des Etats membres⁷⁸.

⁷² M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 260.

⁷³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 47 et s. *Ci-après* « TFUE ».

⁷⁴ L'article 153(2)(b) du TFUE autorise le Parlement et le Conseil, aux fins de réalisation de divers objectifs cités au paragraphe premier de l'article, concernant notamment les conditions des travailleurs, à « *arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises* ».

⁷⁵ Art. 173(1) du TFUE : « *L'Union et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées. À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à : — accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels; — encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises; — encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises; — favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique* ».

⁷⁶ Art. 179 (2) du TFUE : « *À ces fins, elle encourage dans l'ensemble de l'Union les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises, les centres de recherche et les universités dans leurs efforts de recherche et de développement technologique de haute qualité; elle soutient leurs efforts de coopération, en visant tout particulièrement à permettre aux chercheurs de coopérer librement au-delà des frontières et aux entreprises d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur à la faveur, notamment, de l'ouverture des marchés publics nationaux, de la définition de normes communes et de l'élimination des obstacles juridiques et fiscaux à cette coopération* ».

⁷⁷ La *soft law* désigne un ensemble de règles et de conventions dont il est difficile de préciser les contours, le contenu et les effets juridiques. Source : <http://www.senat.fr/rap/r10-227/r10-22778.html>.

⁷⁸ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 257.

Le 25 juin 2008, la Commission rédige deux actes en faveur des PME : le « Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics »⁷⁹ ainsi que le « Small Business Act », « Think Small First : priorité aux PME »⁸⁰.

Le Code européen des bonnes pratiques susvisé soulève que l'objectif ne vise pas seulement l'accès des PME en tant que tel mais permet également de renforcer la concurrence dans les marchés publics en offrant la possibilité à plus d'acteurs du monde économique de répondre aux offres, et d'améliorer le rapport coûts-avantages ou le rapport qualité-prix pour les pouvoirs adjudicateurs⁸¹.

En 2011, la Commission s'est consacrée à la rédaction d'une proposition pour la révision des directives 2004/17 et 2004/18 visant, entre autres mais pas seulement, la simplification et la flexibilité du régime⁸². La promotion des PME figure parmi les cinq objectifs principaux de cette réforme⁸³.

En effet, la première référence à la facilitation de la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics se lit dans le deuxième considérant de la directive 2014/24, qui la considère comme l'un des moyens principaux d'accroître l'efficacité de la dépense publique.

Cet objectif de croissance s'inscrit dans la lignée de la stratégie instaurée par la Commission dans sa communication du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive »⁸⁴. Selon la Commission, les marchés publics, garants d'une utilisation optimale des fonds publics, jouent un rôle prépondérant pour atteindre un tel résultat⁸⁵.

⁷⁹ Code européen des bonnes pratiques précité.

⁸⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Think Small First* » : *Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe*, COM (2008) 394 final. Ci-après « Small Business Act ».

⁸¹ Code européen des bonnes pratiques, précité, p. 2.

⁸² S. TREUMER, « Evolution of the EU Public Procurement Regime : The New Public Procurement Directive », in *Modernising Public Procurement : The New Directive* (F. LICHÈRE, D. DRAGOS AND R. CARANTA Eds.), Djof Publishing, 2014, European Procurement Law Series, vol. 6, p. 9, n° 1.

⁸³ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁴ Communication de la Commission européenne, *Europe 2020, Une stratégie pour une croissance intelligente, durable, inclusive*, COM (2010) 2020 final. Ci-après « Communication de la Commission européenne, *Europe 2020* ».

⁸⁵ Considérant n° 2 de la directive 2014/24 précitée.

De nombreux considérants appuient l'application de ces dispositions en utilisant l'argument des PME⁸⁶. Le considérant n° 124 est rédigé comme suit : « *étant donné le potentiel de création d'emplois, de croissance et d'innovation que recèlent les PME, il est important d'encourager leur participation à la passation de marchés publics grâce à la fois à des dispositions appropriées dans la présente directive et à des initiatives au niveau national. Les nouvelles dispositions prévues dans la présente directive devraient contribuer à améliorer leur niveau de réussite, à savoir la part de la valeur totale des marchés attribués revenant aux PME. Il n'est pas approprié d'imposer des quotas obligatoires de réussite. Cependant, il y a lieu de suivre de près les initiatives nationales visant à accroître la participation des PME, en raison de l'importance de ce paramètre* ». Il reflète l'attention que les institutions européennes ont voulu accorder à cette problématique.

§2. Au niveau belge

Pendant que les organismes intéressés et/ou concernés planchent sur la transposition de la nouvelle directive, plusieurs initiatives ayant la problématique des PME en ligne de mire ont vu le jour.

A titre exemplatif, on relève la circulaire du 16 mai 2014 précitée. La facilitation de l'accès des PME aux marchés publics s'inscrit dans une politique de développement durable. Dans cette optique, les auteurs de la circulaire encouragent les autorités adjudicatrices fédérales à prendre en considération des éléments tels que la division du marché public en lots et le recours aux variantes, le respect de la proportionnalité aux niveaux des exigences de qualification et de capacité financière, la consultation des PME dans le cadre des procédures négociées et le respect des délais de vérification et de paiement⁸⁷.

La dernière initiative législative en date a été engagée par des membres Ecolo-Groen de la Chambre des Représentants en ce 22 juin 2015⁸⁸. Le titre, « Proposition de loi visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises », est assez révélateur des attentes politiques.

⁸⁶ Voyez le considérant n° 78 concernant la division des marchés en lots, ou encore le considérant n° 120 de la directive 2014/24 précitée sur l'utilisation de la procédure de concours.

⁸⁷ Voyez le chapitre 4 de la circulaire du 16 mai 2014 sur l'intégration du développement durable dans le cadre des marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales précitée.

⁸⁸ Proposition de loi visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1196/001. Disponible sur <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1196/54K1196001.pdf>. Ci-après « Proposition de loi du 22 juin 2015 ».

La proposition se limite à la procédure d'appel d'offres qui devrait cependant être supprimée pour être intégrée dans la catégorie dite de procédure ouverte prévue dans la nouvelle directive. Les modifications que la proposition entend apporter aux réglementations se basent sur l'encadrement du critère du chiffre d'affaires, le découpage des marchés en lots, l'addition des capacités économiques et financières pour les associations temporaires d'opérateurs économiques, ainsi que la concrétisation du crédo du « *only once* » et du principe de confiance⁸⁹.

Nous aurons l'occasion de voir que, si les initiatives belges suivent une tendance similaire à celle de la directive 2014/24, elles proposent dans certains cas d'aller encore plus loin.

⁸⁹ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 1.

Chapitre 2. Concurrence et mise en concurrence

Le but primordial de l'action législative des institutions européennes réside dans l'achèvement du marché commun, ou marché intérieur⁹⁰. La consécration de ce marché intérieur requiert inévitablement qu'une concurrence effective soit assurée au sein de cet espace de commerce, c'est en ce sens qu'il s'accompagne d'un système pour que cette concurrence ne soit pas faussée⁹¹.

La concurrence entraîne des effets positifs sur un marché tels que la baisse des prix ou le maintien de prix bas, l'élargissement de la taille du marché, ou encore l'augmentation de la variété des produits disponibles⁹². Elle est également un vecteur de productivité, d'innovation, de qualité et d'emploi⁹³.

Section 1. Marchés publics et concurrence en général

Les trois instruments-clés pour atteindre l'objectif de concurrence sont les suivants : interdiction de discriminations, transparence et suppression des barrières à l'accès⁹⁴. Ces trois principes, appuyés par celui d'égalité de traitement, et déjà employés par les directives originales, constituent les piliers des directives actuelles⁹⁵.

La formulation du premier considérant de la directive 2014/24 prouve le rôle fondamental que les législateurs désirent attribuer à ces principes. Le texte précise que « *la passation des marchés publics par les autorités des Etats membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* ». En droit belge, c'est l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 qui assure leur application au cours de la procédure de passation.

⁹⁰ Art. 26 du TFUE.

⁹¹ M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2010, p. 329.

⁹² E. COMBE, « Les effets de la concurrence : ce que montrent les études empiriques », in *Compétitivité, concurrence et réciprocité* (sous la dir. de V. DE BEAUFORT), *Revue de l'Union européenne*, n° 575, Fév. 2014, p. 113.

⁹³ *Ibidem*, p. 114.

⁹⁴ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁵ *Ibidem*.

En matière de marchés publics, le sens attaché à la concurrence peut se définir comme *l'obligation à laquelle est soumise toute personne entrant dans le champ d'application de la loi, de consulter des entrepreneurs, des fournisseurs ou des prestataires de services désireux de lui offrir leurs biens et services contre rémunération*⁹⁶.

Avant d'analyser concrètement la mise en œuvre de cette exigence dans les procédures de passation, nous présenterons les caractéristiques essentielles, entre autres dégagées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (*ci-après* « CJUE » ou « Cour de justice »), des grands principes mentionnés plus haut.

Nous rappelons que les Etats membres, qui ne disposent pas de pouvoir de rétorsion à son encontre, sont tenus de suivre la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁷, raison pour laquelle nous avons choisi de nous baser sur les apports jurisprudentiels européens plutôt que nationaux.

§1. Interdiction de toute discrimination sur base de la nationalité

Les directives obligent les Etats à respecter le principe de non-discrimination dans les procédures de passation de marchés dépassant les seuils européens. Le respect de ce principe s'applique aussi aux procédures de passation qui ne tombent pas sous l'empire des règles des directives européennes⁹⁸.

C'est du moins ce que la Cour de justice a conclu lorsqu'elle s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 2 de la directive 93/36/CEE⁹⁹, dans l'arrêt *Unitrion Scandivia*¹⁰⁰. Les avis divergeaient quant à la pertinence de l'application du principe de non-discrimination pour les contrats publics non-couverts par les directives sur les marchés publics des secteurs classiques, jusqu'à ce que la CJUE confirme le jugement précité dans le célèbre cas *Telaustria*¹⁰¹.

Le litige concernait un contrat de concession qui n'avait pas été inclus dans les directives marchés publics. La Cour de justice a jugé que « *nonobstant le fait que de tels contrats sont,*

⁹⁶ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁷ B. COSTA ET N. BRACK, *Le fonctionnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2011, p. 122.

⁹⁸ R. CARANTA, « The borders of EU Public Procurement Law », in *Outside the EU procurement directives : inside the treaty* (D. DRAGOS AND R. CARANTA Eds.), Djof Publishing, Copenhagen, 2012, pp. 32 – 33.

⁹⁹ Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *J.O.U.E.*, L 199, du 9 août 1993, pp. 1 – 53.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Unitrion Scandinavia A/S & 3-S c. Ministeret for Fodevarer, Langbrug og Fiskeri*, C-275/98, *European Court Reports*, 1999, p. I-08291, § 29.

¹⁰¹ R. CARANTA, *op. cit.*, p. 33.

au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, **tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier**»¹⁰².

§2. Egalité de traitement

Il nous paraît important de préciser en premier lieu que le principe d'égalité de traitement ne peut s'appliquer qu'à des soumissionnaires se trouvant dans la même situation¹⁰³.

Selon la CJUE, « le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs »¹⁰⁴.

Le principe d'égalité de traitement, mêlé à celui de transparence, implique également que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur¹⁰⁵.

De ces principes, la Cour de justice a déduit une multitude d'autres préceptes¹⁰⁶, notamment l'exigence de comparer des offres conformes¹⁰⁷, la mention des critères d'attribution et leur importance relative dans les documents de marché¹⁰⁸, l'interdiction de modifier la pondération des critères d'attribution après l'ouverture des offres¹⁰⁹, ainsi que l'obligation générale de transparence, au-delà du champ d'application du droit dérivé des marchés publics.

¹⁰² C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH & Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, C-324/98, *European Court Reports*, 2000, p. I-10745, § 60.

¹⁰³ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 114, n° 35.

¹⁰⁴ C.J.U.E., 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99, *European Court Reports*, 2004, p. I-03801, § 110.

¹⁰⁵ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 114, n° 35, citant notamment C.J.C.E., C-448/01, du 4 décembre 2003, *Rec.*, p. I-14527, point 47.

¹⁰⁶ A.L. DURVIAUX, « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence », in *Contrats publics* (sous la coord. de K. WAUTERS), Limal, Anthémis, 2014, p. 49.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 22 juin 1993, *Commission c. Danemark (Storebaelt)*, C-243/89, *Rec.*, p. I-3353, points 32-43.

¹⁰⁸ C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique (bus wallons)*, C87-94, *Rec.*, p. I-2043, points 88 – 89.

¹⁰⁹ C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Commission c. Irlande*, C-226/09, *Rec.*, p. I-11807, points 55 et 63.

§3. Obligation de transparence

La Cour de justice estime que le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement implique une obligation de transparence¹¹⁰.

Les contours juridiques du principe de transparence sont un peu flous. Il n'en reste pas moins que la transparence emporte moult conséquences dans divers aspects de la commande publique¹¹¹.

La CJUE a été amenée à préciser en quoi le principe de transparence astreint les pouvoirs adjudicateurs en rappelant tout d'abord qu'il « *a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur* », et en jugeant qu'il « *implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause* »¹¹².

Nous verrons également que la garantie de la mise en œuvre de ce principe requiert inévitablement que le pouvoir adjudicateur respecte un certain degré de publicité¹¹³.

S'il fait naître de nombreuses obligations dans le chef du pouvoir adjudicateur, le principe de transparence s'applique également à l'adjudicataire qui doit par exemple informer son sous-traitant des modalités de paiement convenues avec le donneur d'ordre¹¹⁴.

§4. Suppression des barrières

Les quatre libertés de mouvement du TFUE (la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux)¹¹⁵ n'interdisent pas seulement les

¹¹⁰ Pour le principe de non-discrimination : C.J.C.E., *Unitron Scandinavia* précité, § 31.

Pour le principe d'égalité de traitement : C.J.U.E., *Succhi di Frutta* précité, §§ 108 et 109.

¹¹¹ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 115, n° 36.

¹¹² C.J.U.E., *Succhi di Frutta* précité, § 111.

¹¹³ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 116, n° 36.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 117, n° 36.

¹¹⁵ Voyez Titre II et Titre IV du TFUE précité.

discriminations directes ou indirectes mais visent également d'autres mesures dont l'effet serait de restreindre l'accès au marché, dont celui aux marchés publics¹¹⁶.

Toute la difficulté réside dans le fait de trouver des moyens de faciliter l'accès des PME aux marchés publics sans toutefois contrevenir à une concurrence effective au sein du marché intérieur, et par conséquent, sans créer de nouvelles barrières à l'échange.

Section 2. Concrétisation des principes dans la passation des marchés publics

Outre la référence aux grands principes évoqués ci-dessus, le premier considérant de la nouvelle directive secteurs classiques instaure également le principe de concurrence : *« Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation des marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et **que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence** ».*

L'article 18 de ladite directive en assure l'application générale en disposant que *« les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée »* et de continuer *« un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques ».*

Les législateurs ont veillé à ce que la concurrence et les principes sur lesquels elle se fonde soient respectés à divers stades du contrat public.

§1. Préparation de la procédure

En droit belge, l'article 5 de l'arrêté royal du 5 juillet 2011 a renversé la tendance en matière de prospection et de concurrence. Jusque là les opérateurs qui avaient participé à la conception de l'offre devaient être évincés de la procédure, à moins de prouver qu'ils ne bénéficiaient d'aucun avantage concurrentiel du fait de leur collaboration en amont¹¹⁷.

¹¹⁶ S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁷ V. BERTRAND, *op. cit.*, p. 92.

Les législateurs, tant européens que belges, ont décidé d'inverser principe et exception. L'article visé au paragraphe précédent contient désormais l'autorisation pour les entreprises sollicitées lors de la prospection du marché de soumettre une offre sous trois conditions cumulatives. La prospection doit être antérieure au lancement de la procédure ; elle ne peut conduire à la pré-négociation du marché ; et enfin, elle ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence, tel que le précisait le huitième considérant de la directive 2004/18¹¹⁸.

Dans la nouvelle directive, l'article 40 suit cette direction en prévoyant que les avis récoltés préalablement auprès d'éventuels acteurs du marché public puissent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence.

Le candidat ou soumissionnaire qui a donné son avis au pouvoir adjudicateur ne peut être exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement¹¹⁹. Les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre des mesures appropriées, telles que la communication aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation de l'opérateur à la préparation de la procédure, pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par sa participation¹²⁰.

§2. Publicité et appel à la concurrence

Corollaire du principe de transparence¹²¹, la mise en œuvre de la publicité se traduit par l'obligation de publication, soit au *Journal officiel de l'Union européenne* (lorsque l'estimation de la valeur du marché est égale ou supérieure à un des seuils fixés pour la publicité européenne), soit au *Bulletin des Adjudications* (lorsque l'estimation de la valeur du marché inscrit celui-ci dans une procédure nationale)¹²².

L'appel à la concurrence s'effectuera par le biais d'un avis de marché (article 49 de la directive 2014/24) ou d'un avis de pré-information (article 48 de la même directive).

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Art. 41, al. 2, de la directive 2014/14 précitée.

¹²⁰ Art. 41, al. 1^{er} et 2, de la directive 2014/14 précitée.

¹²¹ En ce qui concerne les formalités de publicité, notamment pour la publicité de la procédure négociée, il est parfois difficile de distinguer si elles relèvent du principe de transparence ou de celui de concurrence (P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015, op. cit.*, p. 116, n° 36).

¹²² Y. CABUY, « La cadre général de la loi du 15 juin 2006 et ses grands principes », *op. cit.*, p. 74.

Toutefois, dans les cas de recours à une procédure restreinte ou à une procédure concurrentielle avec négociation, les Etats membres pourront désormais autoriser « les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux »¹²³ à ne publier qu'un avis de pré-information, en lieu et place d'un véritable avis de marché¹²⁴.

§3. Procédures et négociations

Les principes de transparence et d'égalité de traitement tendent à équilibrer les risques encourus par les procédures qui s'ouvrent à une négociation ou qui réduisent le nombre de candidats. Ils garantissent le bon déroulement de celles-ci et fournissent des garanties aux entreprises en concours.

La nouvelle directive reprend les procédures déjà bien connues en droit des marchés publics : procédures ouvertes ou restreintes, procédures négociées avec ou sans publicité, et dialogue compétitif. Elle y apporte toutefois quelques modifications. La procédure négociée avec publicité est rebaptisée « *procédure concurrentielle avec négociation* », et les hypothèses dans lesquelles elle peut être entamée sont élargies, et de ce fait, identiques à celles du dialogue compétitif¹²⁵. En revanche, la directive 2014/24 a restreint les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs pouvaient recourir à la procédure négociée sans publicité¹²⁶.

La principale nouveauté qui touche les procédures de passation est l'instauration du partenariat d'innovation. Tout comme celle du dialogue compétitif, son essence est de favoriser la réalisation de projets innovants dans la commande publique¹²⁷.

L'article 65 de la nouvelle directive veille à assurer la concurrence dans la procédure concurrentielle avec négociation, dans les procédures restreintes et dans les procédures de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation en imposant un nombre minimal de candidats que les pouvoirs adjudicateurs doivent inviter¹²⁸, et qu'ils sont tenus d'indiquer dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt des critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'appliquer. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans

¹²³ Voyez la définition de l'art. 2, 3, de la directive 2014/24 précitée : « *tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales* ». Cette dénomination couvre les autorités locales mais aussi les entités fédérées.

¹²⁴ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, « Les nouvelles directives marchés publics », *Journal de droit européen*, 2015, vol. 2, p. 45.

¹²⁵ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Ce nombre est de trois pour la procédure restreinte, et de cinq pour les autres procédures.

l'avis de marché ou dans l'avis de pré-information, le nombre minimum de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. L'article dispose qu'« *en tout état de cause, le nombre de candidats invités est suffisant pour assurer une concurrence réelle* ».

Dans la procédure de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent fournir des informations susceptibles d'avantager certains participants sélectionnés par rapport à d'autres¹²⁹.

Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à recourir aux systèmes d'acquisition dynamique et aux catalogues électroniques, du fait qu'ils permettent d'accroître la concurrence et d'optimiser la commande publique¹³⁰.

§4. Structure de la commande, sélection qualitative et critères d'attribution

D'une part, la directive 2014/24 enjoint les pouvoirs adjudicateurs à recourir aux moyens qui tendent à renforcer la concurrence. Nous relevons notamment le considérant n° 90 à propos de la division de marchés importants en lots. Selon le texte, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à recourir à cette technique lorsqu'ils créent leur offre de marché afin de renforcer la concurrence.

D'autre part, elle utilise les principes fondamentaux pour encadrer la marge de manœuvre accordée aux pouvoirs adjudicateurs et fournir des garanties minimales aux soumissionnaires.

La liste des motifs d'exclusion est allongée, mais en guise de « compensation », les opérateurs économiques sont autorisés, pour certains motifs, à apporter la preuve qu'ils ont adopté des « mesures de mise en conformité »¹³¹.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent exiger des spécifications techniques qui donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché, et qui n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence¹³².

¹²⁹ Pour le dialogue compétitif : art. 30, § 3, al. 2, de la directive 2014/24 précitée. Pour le partenariat d'innovation : art. 31, § 4, de la même directive.

¹³⁰ Considérants n° 63 et n° 68 respectivement de la directive 2014/24 précitée.

¹³¹ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 45.

¹³² Art. 42, § 2, de la directive 2014/24 précitée.

Le marché devrait être attribué selon des critères objectifs qui assurent le respect des principes susmentionnés, et ce dans le but de garantir une comparaison objective de la valeur relative des offres afin de déterminer, dans des conditions de concurrence effective, quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse¹³³.

Le considérant n° 45 de la nouvelle directive incite les pouvoirs adjudicateurs à indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché. En vertu des principes évoqués, ces exigences, les critères d'attribution ainsi que leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations.

§5. Exceptions à la (mise en) concurrence

Les opérateurs économiques autorisés à contracter avec les pouvoirs adjudicateurs peuvent tout à fait être des personnes de droit public¹³⁴, il suffit qu'ils soient engagés sur un marché concurrentiel. L'esprit d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible justifie cette idée d'y soumettre tout contrat public, qu'il ait lieu avec un opérateur économique privé ou public. Cela connaît cependant quelques exceptions¹³⁵. On pense notamment aux marchés conclus sur simple facture acceptée¹³⁶, aux centrales d'achat et principalement à l'institution jurisprudentielle dite « *in house* ».

L'article 37 § 4 de la directive 2014/24 dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sans appliquer les procédures prévues dans la présente directive, attribuer à une centrale d'achat un marché public de services pour la fourniture d'activités d'achat centralisées. Le but de cette disposition était d'éviter de créer une concurrence entre les centrales d'achat auxquelles peuvent recourir les pouvoirs adjudicateurs¹³⁷.

Les rédacteurs de la directive ont jugé nécessaire d'insérer l'exception *in house*¹³⁸ dégagée par la CJUE¹³⁹. La nécessité d'en préciser les contours se fonde sur l'importante insécurité

¹³³ Considérant n° 90 de la directive 2014/24 précitée.

¹³⁴ Cela n'est pas inscrit dans la législation du 15 juin 2006 mais ressort de la directive 2004/18 et est expressément énoncé dans la directive 2014/24.

¹³⁵ A. VANDEBURIE, « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », in *Les contrats publics* (sous la coord. de K. WAUTERS), Limal, Anthémis, 2014, p.152.

¹³⁶ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 118, n° 38.

¹³⁷ P. THIEL ET S. BEN MESSAOUD, « La conception de la commande », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013* (sous la dir. de S. BEN MESSAOUD ET F. VISEUR), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 176.

¹³⁸ Vu l'abondance doctrinale relative à ce sujet et vu la complexité de cette exception, nous n'aurons pas l'occasion de la développer telle qu'elle mériterait de l'être, mais nous vous renvoyons aux articles qui nous ont

juridique qui règne face à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public¹⁴⁰.

Les trois conditions établies par la jurisprudence, reprises telles quelles dans l'article 12 de la directive 2014/24, sont les suivantes : « *le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services; plus de **80 % des activités** de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle; et la **personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés**, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* ».

La nouvelle directive clarifie et assouplit la portée de l'exception *in house*. Au niveau des clarifications, la directive admet que le contrôle analogue nécessaire à la qualification d'une telle relation puisse être indirect et elle détermine avec précision la part d'activités que doit consacrer l'entité tierce au pouvoir d'adjudicateur qui le contrôle directement ou aux autres personnes morales contrôlées par le pouvoir adjudicateur¹⁴¹. Quant aux assouplissements, ils se réfèrent à la jurisprudence *Stadt Halle*¹⁴² de 2005 et visent l'interdiction de toute participation privée dans l'entité prestataire¹⁴³.

F. BRENET souligne toutefois que l'intégration des règles jurisprudentielles demeure incomplète notamment au vu de l'absence de précision du fondement des exceptions, et que le risque que celles-ci soient instrumentalisées par les Etats membres est bel et bien réel¹⁴⁴.

servi de base : J. WIGGEN, « Directive 2014/24/EU : The New Provision on Co-operation in the Public Sector », *Public Procurement Law Review*, 2014, vol. 23, pp. 83 – 93 ; F. BRENET, « L'exception de 'coopération' entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 1, Paris, Dalloz, pp. 848 – 854 ; E. SLAUTSKY ET N. BRAECKEVELT, « Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives », *M.C.P. - O.o.O.*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 1, pp. 5 – 21.

¹³⁹ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal Srl c. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98.

¹⁴⁰ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴¹ F. BRENET, *op. cit.*, p. 850.

¹⁴² C.J.C.E., 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Rec.*, p. I-1.

¹⁴³ Voyez E. SLAUTSKY ET N. BRAECKEVELT, « Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives », *op. cit.*, pp. 11 – 12.

¹⁴⁴ F. BRENET, *op. cit.*, p. 851.

TITRE II. DIFFICULTÉS RENCONTRÉES PAR LES PETITES ET MOYENNES

ENTREPRISES ET SOLUTIONS DÉGAGÉES PAR LES AUTORITÉS

LÉGISLATIVES EUROPÉENNES ET NATIONALES

Les problèmes rencontrés par les PME dans le cadre de la commande publique relèvent de différents ordres.

Ils proviennent, entre autres, de la taille des marchés, de l'accès difficile aux informations pertinentes ainsi qu'à leur caractère compréhensible et leur qualité, de la disproportion des exigences en matière de qualifications et de ressources financières, de la charge administrative imposée aux candidats-soumissionnaires, du non-respect des délais de paiement, du manque de connaissance des procédures de passation de marchés et des possibilités qui s'offrent aux pouvoirs adjudicateurs, etc.¹⁴⁵.

Selon W. WAYNE, il existerait quatre niveaux de politique de marchés publics qui peuvent avoir des effets sur le développement des PME : supprimer les obstacles à leur participation, assister les PME (de manière neutre ou via des subsides), accorder une préférence pour les PME, ou encore insérer des quotas¹⁴⁶. Les orientations prises dans les instruments européens et nationaux qui serviront de base à notre analyse ont tendance à s'inscrire dans la lignée des première et deuxième techniques.

La directive 2014/24 met l'accent sur quatre éléments capitaux¹⁴⁷ : l'allotissement (article 46), le document unique pour les marchés européens (article 59), la limitation des critères de participation (article 58), et le paiement direct en cas de sous-traitance (article 71 § 3)¹⁴⁸. D'autres mesures soutiennent l'accès des PME, telles que les systèmes d'acquisition dynamique à grande échelle (considérant n° 66 et article 34), les délais (considérant n° 80), et la procédure du concours (considérant n° 120 et article 78)¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Code européen des bonnes pratiques précité, pp. 2, 3 et 5.

¹⁴⁶ W. WAYNE, « Improving SME access to public procurement », *International Trade Forum*, 2000, vol. 4, p. 15.

¹⁴⁷ Ces régimes étaient déjà présents dans les anciennes directives mais sont mis en exergue dans le nouveau paquet marchés publics pour soutenir l'objectif de facilitation de l'accès des PME.

¹⁴⁸ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 257.

¹⁴⁹ *Ibidem*. Le concours ne sera toutefois pas abordé dans le cadre de ce mémoire.

Chapitre 1. Taille du marché

La Commission européenne estime que les marchés dont le montant s'élève à plus de 300 000 euros désavantageraient les PME¹⁵⁰. Il s'est avéré que les PME n'étaient pas en mesure d'exécuter l'intégralité des marchés qui les intéressaient¹⁵¹ et que les pouvoirs adjudicateurs de taille importante attribuent en général les marchés de grande envergure à un seul « gros » contractant, contre lequel les PME n'ont aucun moyen de faire face.

Selon une étude publiée en 2008 en Belgique, la taille du marché apparaît être un élément expliquant l'attribution ou non du marché à une PME : un marché de moins de 250 000 euros sur deux est attribué à une PME, voire à une petite entreprise, alors qu'un marché de plus de 250 000 euros sur quatre seulement est attribué à une PME¹⁵².

Section 1. Position du problème : regroupement et concentration des commandes

La concentration d'achat consiste à attribuer un contrat au nom d'autres pouvoirs adjudicateurs¹⁵³.

Plusieurs techniques sont évoquées dans le considérant n° 59, à savoir la multiplication du nombre de pouvoirs adjudicateurs concernés, et l'augmentation du volume et de la valeur des achats dans le temps.

La directive 2014/24 évoque une tendance croissante de concentration des commandes publiques¹⁵⁴ dans son soixante-neuvième considérant. Dans un rapport de 2012, la Commission européenne recense que plus de 5% des avis de marché européens concernent des pouvoirs adjudicateurs agissant pour le compte d'autres autorités¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 4.

¹⁵¹ Small Business Act précité, p. 7.

¹⁵² D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵³ European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU* précité, p. 82.

¹⁵⁴ Pour une analyse plus complète de cette tendance voyez European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU* précité, pp. 80 et s.

¹⁵⁵ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, « Les centrales d'achats et de marchés », in *La réforme du droit des marchés publics* (sous la dir. de A. L. DURVIAUX ET N. THIRION), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 273. Les auteurs se réfèrent au rapport de la Commission européenne disponible en anglais sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf.

§1. Centrales d'achat

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui réalise, entre autres¹⁵⁶, des activités d'achat centralisées¹⁵⁷.

Celles-ci consistent en l'acquisition de fournitures et/ou de services ou encore en la passation de marchés publics ou la conclusion d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services. Les caractéristiques de ces centrales résident dans leur caractère permanent et dans le fait que leurs achats sont toujours destinés à plusieurs pouvoirs adjudicateurs¹⁵⁸.

En Belgique, la Cellule de Marchés pour Services fédéraux (*ci-après*, « CMS ») se charge de la passation et du suivi des contrats-cadres qu'elle a conclus pour les services publics fédéraux. Entre 2009 et 2012, la CMS aurait conclu vingt contrats dont le total de leurs valeurs atteindrait les 163 285 136 euros¹⁵⁹.

Les avantages conférés par les centrales d'achat relèvent de plusieurs ordres.

Au niveau financier, les achats groupés conduisent à des économies d'échelle¹⁶⁰. Cela permet aux entreprises soumissionnaires d'établir des offres plus compétitives, et par conséquent, aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir de meilleures conditions¹⁶¹.

Au niveau administratif, le gain de temps et la simplification de la gestion des marchés ne sont pas négligeables. La directive 2014/24 prévoit d'ailleurs que l'usage de moyens de communication électroniques est requis dans le cadre de toutes les procédures de passation menées par une centrale d'achat¹⁶².

La réduction du nombre de marchés publics ainsi que la centralisation des connaissances constituent également des bénéfices entraînés par la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs telles les centrales d'achat¹⁶³.

¹⁵⁶ Les activités d'achat auxiliaires, prévues à l'article 37, § 4, al. 2 de la directive 2014/24 précitée, ne seront pas abordées dans le cadre de ce mémoire.

¹⁵⁷ Art. 2, § 16, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁵⁸ Art. 2, § 14, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁵⁹ European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU* précité, p. 91.

¹⁶⁰ A. SANCHEZ GRAELLS AND I. HERRERA ANCHUSTEGUI, « Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24 », *University of Leicester School of Law Research Paper*, No. 14-35, p. 3.

¹⁶¹ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, *op. cit.*, p. 278.

¹⁶² Art. 37, § 3, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁶³ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, *op. cit.*, pp. 273 et 274.

Dans son considérant n° 69 et dans son article 37, la nouvelle directive, bien que n'utilisant pas deux termes à part entière, confirme la distinction entre les centrales agissant en tant que grossistes (en achetant, stockant et revendant) et celles agissant en tant qu'intermédiaires en attribuant des marchés (en exploitant des systèmes d'acquisition dynamique ou en concluant des accords-cadres destinés aux pouvoirs adjudicateurs)¹⁶⁴.

L'autorisation pour les Etats membres de prévoir la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de se regrouper en centrale figure à l'article 37 de la directive 2014/24. Le paragraphe 4 de cet article exempte les pouvoirs adjudicateurs de devoir organiser une procédure de passation de marché en ce qui concerne le choix de recourir à une centrale d'achat. Le paragraphe 2 du même article contient une présomption de satisfaction des obligations de ladite directive dans le chef du pouvoir adjudicateur en relation avec une centrale d'achat. Selon nous, toutes ces mesures sont conçues pour inciter les pouvoirs adjudicateurs à recourir à cette technique de concentration.

La répartition de responsabilité entre la centrale et ses utilisateurs, également prévue par la directive¹⁶⁵, dépend du niveau de participation du pouvoir adjudicateur durant la procédure. En d'autres termes, si un pouvoir adjudicateur se charge de certaines parties de la procédure, il engage sa responsabilité pour les phases qui le concernent¹⁶⁶.

Nonobstant les incitants intégrés par l'article 37, les Etats membres bénéficient d'une marge de manœuvre qui leur permet d'imposer que des marchés soient passés en recourant à de telles centrales. Pour les raisons exposées dans le quatrième paragraphe de cette section, cette solution constituerait un obstacle en plus à l'accès des PME aux marchés publics, de par l'augmentation inévitable de leur taille. Il serait donc regrettable pour les PME que les législateurs belges décident de mettre cette option en œuvre.

§2. Accords-cadres

L'accord-cadre est défini comme « *l'accord entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une*

¹⁶⁴ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, *op. cit.*, p. 277.

¹⁶⁵ Voyez l'article 37, § 2, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁶⁶ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, *op. cit.*, p. 277.

*période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, le cas échéant, les quantités envisagées »*¹⁶⁷.

L'article 3, 15° de la loi du 15 juin 2006 transpose littéralement la définition comprise dans la directive 2004/18¹⁶⁸.

La durée de ces marchés ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés¹⁶⁹.

Deux distinctions méritent d'être soulevées. La première est celle entre les accords-cadres qui fixent tous les termes et ceux qui ne les fixent pas tous. La seconde concerne les accords-cadres conclus avec un seul participant et ceux conclus avec plusieurs participants. L'avantage de cette dernière formule est double. Tout d'abord, les participants peuvent être remis en concurrence pour chaque marché séparé¹⁷⁰, et par conséquent, rendre les offres mieux adaptées aux besoins. Ensuite, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de répartir les différents marchés entre les participants en fonction de la complexité des marchés et des conditions de prix, ainsi que leur niveau de spécialisation et de la disponibilité des participants¹⁷¹.

Comme le considérant n° 61 de la directive 2014/24 l'avance : *« les accords-cadres ne devraient pas être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence »*.

§3. Marchés conjoints

L'article 38 de la directive 2014/24 prévoit la possibilité pour deux, ou plus, pouvoirs adjudicateurs de passer conjointement certains marchés spécifiques. La condition à cette passation conjointe tient à ce que ces entités soient tenues solidairement responsables, pour la partie menée conjointement, au nom et pour le compte de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, ou encore par l'un d'eux au nom et pour le compte des autres.

¹⁶⁷ Article 3, 15° de la loi du 15 juin 2006 précitée.

¹⁶⁸ N. FRANÇOIS ET M. BELMESSIERI, « Les procédures 'originales' dans la nouvelle réglementation des marchés publics : les concours de projets, les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamique et les enchères électroniques », in *Le droit des marchés publics, à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013* (sous la dir. de S. BEN MESSAOUD ET F. VISEUR), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 335.

¹⁶⁹ Art. 33 de la directive 2014/24 précitée.

¹⁷⁰ En ce sens, les accords-cadres peuvent en même temps constituer une occasion d'accéder aux marchés publics aux PME, pour autant que le montant du marché ne soit pas trop élevé.

¹⁷¹ Ce paragraphe se réfère à A. L. DURVIAUX, « La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux », coll. T. DELVAUX et D. FISSE, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 108 – 109.

La loi du 15 juin 2006, également en vertu de son article 38, envisageait déjà cette méthode.

Le mécanisme du marché conjoint n'est pas exclusivement réservé aux seules personnes morales de droit public¹⁷². Un marché peut effectivement être conclu conjointement, non seulement pour le compte de deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, mais aussi pour le compte de pouvoirs adjudicateurs et de personnes de droit privé. Ces dernières ne doivent pas nécessairement revêtir de la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de la réglementation marchés publics¹⁷³.

A la différence des centrales d'achat, la technique du marché conjoint n'entraîne pas la constitution d'une entité à part entière (qui reflète le caractère durable de la centrale)¹⁷⁴ et fait reposer la responsabilité de l'exécution du marché sur le pouvoir adjudicateur désigné en qualité de mandataire¹⁷⁵.

§4. Risques encourus par ces techniques

S'il présente de nombreux avantages dans le chef des pouvoirs publics, le regroupement des commandes risque de mettre en péril en premier lieu la concurrence et ensuite les possibilités d'accès des PME.

La concentration de la commande publique risque de restreindre la concurrence en créant des situations de monopole dans le chef du soumissionnaire mais également des situations d'abus de position dominante dans le chef de la centrale par exemple¹⁷⁶.

Les effets et les atouts de la centralisation apparaissent comme étant à l'opposé de la promotion de l'accès et de la participation des PME aux marchés publics. A. SANCHEZ GRAELLS ET I. HERRERA ANCHUSTEGUI listent trois arguments soutenant ce propos. Premièrement, cela réduit la profitabilité des contrats publics pour les opérateurs économiques. Ensuite, étant donné que les contrats se feront plus rares mais atteindront des montants plus élevés, les grandes entreprises mettront toutes les chances de leur côté pour ne pas manquer l'occasion de se voir attribuer de tels marchés. Et finalement, les PME, en raison

¹⁷² P. THIEL ET S. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2005-2006, DOC 51 2237/001, p. 57.

¹⁷⁴ V. OST ET M. VANDERSTRATEN, *op. cit.*, p. 281.

¹⁷⁵ P. THIEL ET S. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷⁶ Pour une analyse approfondie des risques créés par l'agrégation des demandes, nous renvoyons à A. SANCHEZ GRAELLS AND I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *op. cit.*, pp. 6 – 14.

des économies d'échelle, du pouvoir des grandes entreprises et des critères de sélection minimum, verront leurs chances de participation considérablement amoindries¹⁷⁷.

Le considérant n° 59 de la nouvelle directive avertit les Etats membres des désavantages que la commande en masse cause aux PME, et pointe la nécessité de « *surveiller attentivement le regroupement et la centralisation des achats pour éviter une concentration excessive du pouvoir d'achat et le risque de collusion et pour préserver la **transparence et la concurrence**, ainsi que les possibilités d'accès au marché pour les petites et moyennes entreprises* ».

Section 2. Groupements d'opérateurs économiques

Le groupement d'opérateurs économiques constitue une belle opportunité pour les petites entreprises, de répondre ensemble aux critères de sélection qualitative, notamment en faisant valoir leurs capacités techniques, et de peser économiquement.

L'un de ses avantages provient de l'absence de hiérarchie entre les opérateurs participant au groupement, à l'opposé de ce qui se passe dans le mécanisme de la sous-traitance. Les entreprises parties sont sur un pied d'égalité en droit. Libre à elles d'établir un système de coordination attribuant le *leadership* à l'un des participants, sans que cela n'implique de conséquence sur le plan juridique.

L'article 2, 10° de la directive 2014/24 définit un opérateur économique comme « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché* ».

En vertu de l'article 19 de la même directive, les opérateurs économiques, pour autant qu'ils soient habilités par une législation nationale à fournir la prestation concernée¹⁷⁸, peuvent se regrouper et participer aux procédures de passation de marchés publics sans toutefois être contraints par les pouvoirs adjudicateurs d'adopter une forme juridique déterminée.

Le quatorzième considérant de la nouvelle directive prône une interprétation large du concept d'opérateur économique, excluant la prise en compte de la forme juridique selon laquelle la personne ou l'entité est constituée. Cependant, tel que le précise le considérant suivant, les

¹⁷⁷ A. SANCHEZ GRAELLS AND I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁸ Art. 19, § 1, de la directive 2014/24 précitée.

pouvoirs adjudicateurs, une fois le marché attribué, peuvent exiger une forme juridique déterminée au groupement d'opérateurs économiques, dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché¹⁷⁹.

Les alinéas 2 et 3 du considérant n° 15 précisent que c'est à **titre individuel** que les opérateurs économiques doivent répondre à ces critères au niveau de la passation. Tandis qu'au niveau de l'exécution, les groupements d'opérateurs économiques pourraient se voir imposer des conditions, proportionnées et justifiées par des motifs objectifs, qui ne sont pas imposées individuellement.

Pour pallier à cet inconvénient, la proposition de loi du 22 juin 2015 précitée soumet la possibilité pour les entreprises appartenant à une association temporaire de cumuler leur chiffre d'affaires afin que les PME soient capables d'outrepasser l'exigence de capacité économique et financière¹⁸⁰. Cette solution sera développée à la troisième section du chapitre suivant.

En outre, l'article 19 de la nouvelle directive laisse une marge de manœuvre aux Etats membres en leur permettant d'« *établir des clauses standard précisant la manière dont les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir ces conditions* ».

Section 3. Marchés à lots

Favoriser l'accès des PME aux marchés publics s'est avéré être la raison pour laquelle la technique de l'allotissement fut introduite dans la réglementation belge de 1993¹⁸¹.

Au niveau européen, les premiers véritables encouragements à utiliser cette technique figurent dans le Small Business Act de 2008 susmentionné. Cet instrument ne se limite pas aux marchés publics mais adopte une vision plus large de soutien aux PME. L'un des dix principes établis par la Commission vise expressément l'adaptation des outils des pouvoirs publics aux besoins des PME¹⁸². La Commission, pour la mise en pratique de ce principe, encourage « *les pouvoirs adjudicateurs à diviser les marchés en lots quand cela est approprié* »¹⁸³.

¹⁷⁹ Art. 19, § 3, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁸⁰ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, pp. 6 et 7.

¹⁸¹ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 456, n° 365.

¹⁸² Small Business Act précité, p. 12.

¹⁸³ Small Business Act précité, p. 13.

Dans le Code européen des bonnes pratiques dont l'objet s'axe spécifiquement sur la facilitation de l'accès des PME aux marchés publics¹⁸⁴, la division des marchés en lots apparaît comme la première solution face aux difficultés liées à la taille des marchés.

Outre l'accès des PME par la réduction de la taille du marché, la division en lots a la faculté de renforcer la concurrence sur le marché¹⁸⁵ concerné. Cette mesure a également le potentiel de lutter indirectement contre la problématique du dumping social souvent associé à la sous-traitance, évoquée dans le quatrième chapitre.

Au vu de ces considérations, faire de la division en lots la règle de la structure de la commande constitue en quelque sorte la clé pour l'ouverture des portes à la commande publique pour les PME.

§1. Définition et cadre juridique

L'article 3, 22° de la loi du 15 juin 2006 définit le lot comme une subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte.

Déjà autorisée dans l'article 9 § 5 de la directive 2004/18, la technique de l'allotissement a retenu plus d'attention cette fois, compte tenu des objectifs que la révision entend poursuivre.

La directive 2014/24 ne définit pas le lot en tant que tel. Dans le septante-huitième considérant, il est précisé que la division pourrait se faire sur une base quantitative, permettant ainsi aux PME de répondre à un marché de plus petite taille, ou encore sur une base qualitative, en référence à une branche d'activité ou une spécialisation correspondant à celles détenues par des PME.

Malgré le fait que cela risque de compliquer les choses, il est généralement admis que la procédure de passation puisse varier d'un lot à l'autre, et par conséquent, les critères d'attribution également¹⁸⁶. Cela a par ailleurs été confirmé dans la nouvelle directive. Ce point sera traité ci-après.

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'indiquer s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots¹⁸⁷. Dans le souci d'assurer une concurrence minimale dans un marché à lots, les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le

¹⁸⁴ Code européen des bonnes pratiques, pp. 7 et 8.

¹⁸⁵ Considérant n° 78 de la directive 2014/24 précitée.

¹⁸⁶ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 457, n° 365.

¹⁸⁷ Article 46, § 2, de la directive 2014/24 précitée.

nombre de lots pour lequel un opérateur économique peut soumettre une offre et qu'un candidat peut se voir attribuer¹⁸⁸. La façon dont les critères doivent être évalués en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, sera abordée dans le chapitre suivant au sein de la section concernant l'agrégation.

Dans le but d'une bonne exécution, une coordination poussée des différents lots s'avèrent nécessaire. Si le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des ressources adéquates pour assurer cette fonction, il devra passer un marché à cette fin¹⁸⁹. Dans le cas d'un marché de travaux, la coordination peut aussi être confiée à l'un des entrepreneurs, par exemple celui qui s'est vu attribué le marché relatif au gros œuvre¹⁹⁰.

§2. Possibilité de rendre la division en lots obligatoire

L'article 46 de la directive 2014/24 régit la division des marchés en lots. Son quatrième paragraphe contient une option intéressante quant à la facilitation de la participation des PME. Il permet aux Etats membres de rendre « *obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts dans des conditions à définir conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union* ».

Nous sommes conscients que l'effet de l'allotissement sur les coûts, la complexité et la gestion d'un contrat public n'est pas négligeable¹⁹¹ et doit être pris en compte lors de la réflexion de la transposition.

Ceci ayant été dit, en termes d'accroissement de la participation des PME aux marchés publics, comme évoqué plus haut, faire de la division en lots la règle se révèle être une solution idéale. Il faut donc espérer que la Belgique, après avoir mis tous les intérêts en balance et malgré sa tendance à transposer de manière minimale, mette en œuvre cette option¹⁹², d'autant plus après l'analyse du régime applicable en vertu de la directive 2014/24.

Nous aimerions cependant relever que le texte de l'article 46 de cette directive, du moins dans sa version française, se compromet lui-même.

¹⁸⁸ Considérant n° 79 de la directive 2014/24 précitée.

¹⁸⁹ G. DEREAU, « Les marchés publics à lots dans les droits européens et belges », *A.P.T.*, 2009, p. 306.

¹⁹⁰ G. DEREAU, *op. cit.*, p. 306.

¹⁹¹ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹² Le procès verbal de la Commission Wallonne des Marchés Publics du 9 janvier 2015 ne semble toutefois pas aller dans ce sens. Document disponible sur <file:///C:/Users/Administrateur/Downloads/pv-definitif-pleni%C3%A8re-9.01.2015-v2.pdf>, pp. 2 et 3.

Le paragraphe 4 de cet article est rédigé comme suit « *les États membres peuvent **mettre en œuvre le paragraphe 1, deuxième alinéa, en rendant obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts** dans des conditions à définir conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l’Union. Dans de telles circonstances, le paragraphe 2, premier alinéa, et, le cas échéant, le paragraphe 3 sont applicables* ».

Le deuxième alinéa du premier paragraphe auquel il réfère dispose que « ***hormis pour les marchés dont la division a été rendue obligatoire en vertu du paragraphe 4 du présent article**, les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu’ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots; lesquels motifs figurent dans les documents de marché ou le rapport individuel visé à l’article 84* ».

Nous ne percevons pas réellement l’intérêt de renvoyer à une disposition qui en exclut explicitement le champ, ni en quoi la mise en œuvre de cette disposition permettrait de rendre la passation de marchés sous la forme de lots distincts.

§3. Régime imposé par la directive

L’article 46 de la nouvelle directive dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d’attribuer un marché sous la forme de lots distincts. S’ils décident de ne pas procéder à cette division, le deuxième alinéa du premier paragraphe les oblige à indiquer les principaux motifs justifiant cette décision dans les documents de marché ou dans le rapport individuel. Le considérant n° 78 de ladite directive donne des exemples correspondant à de tels motifs : le risque de restreindre la concurrence, le risque de rendre l’exécution du marché excessivement coûteuse,...

Ce considérant, à l’alinéa 3, semble appuyer cette obligation de justification en permettant aux Etats membres d’aller plus loin « *pour faciliter la participation des PME aux marchés publics, en étendant la portée de l’obligation d’examiner l’opportunité de diviser les marchés en lots de taille plus réduite, en exigeant des pouvoirs adjudicateurs qu’ils motivent leur décision de ne pas diviser les marchés en lots ou en rendant obligatoire une telle division dans certaines conditions* ».

Le texte, à nouveau, manque de clarté. Permet-il d’étendre la portée de l’obligation d’examiner l’opportunité de diviser les marchés en parts de taille plus petite par le biais d’une exigence de motivation de la décision de ne pas diviser (ce qui est en réalité déjà prévu dans l’alinéa 2 du paragraphe 1 de l’article 46) et/ou par le biais d’une obligation de division des

marchés en lots ? Ou offre-t-il trois moyens de faciliter la participation des PME aux marchés publics ?

Le deuxième alinéa du même considérant précise que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots (qui n'est pas retranscrite en tant que telle dans l'article 46) « *tout en demeurant libre de prendre leur décision de façon autonome sur la base tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire* ». Malheureusement, cette absence de contrôle rend complètement dépourvue de sens la portée de l'obligation d'examiner l'opportunité de division en lots.

§4. Proposition de loi du 22 juin 2015 visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises

La division en lots figure parmi les quatre modifications législatives que la proposition du 22 juin 2015 entend apporter. Elle met en œuvre l'option laissée aux Etats membres en prévoyant deux exceptions à l'obligation de passer par les marchés en lots ; à savoir l'atteinte à la concurrence et l'impossibilité d'identifier des prestations distinctes.

Les commentaires d'articles¹⁹³ relatifs à la disposition concernant les marchés à lots diffèrent des développements et du texte de modification en lui-même en imposant uniquement l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots et, si l'examen conclut à cette possibilité, de procéder effectivement à la division.

La proposition de loi, à l'image de la directive 2014/24, se contredit. Dans le deuxième paragraphe du texte de modification de l'article 36 de la loi du 15 juin 2006, elle anéantit la portée de l'obligation et des exceptions prévues au premier paragraphe et exposées ci-dessus. Elle permet en effet aux pouvoirs adjudicateurs de passer un marché global s'ils estiment que la division en lots serait de nature à restreindre la concurrence ou qu'elle risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore que le pouvoir adjudicateur en question ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et coordination¹⁹⁴. Pourquoi ne pas simplement ajouter ces motifs dans les exceptions prévues au paragraphe premier ?

¹⁹³ Commentaires des articles, Proposition de loi du 22 juin 2015, pp. 8 et 9.

¹⁹⁴ Art. 3 de la proposition de loi du 22 juin 2015, p. 12.

Toujours est-il que si on suit l'hypothèse du paragraphe 2, alinéa 3, de l'article 36 de la loi du 15 juin 2006 tel que la proposition de loi entend le modifier, les motifs principaux justifiant la décision de ne pas subdiviser les marchés en lots doivent figurer dans les documents de marché. Alors que dans les développements précédant le texte de modification, les députés¹⁹⁵ évoquaient une exigence de motivation auprès de l'autorité de tutelle compétente¹⁹⁶, ils ne l'ont pas reprise. Les commentaires d'articles limitent cette exigence à une vérification par l'autorité de tutelle de l'opportunité de la décision de ne pas diviser les marchés, et ce uniquement si elle est saisie par une partie prenante.

Au risque de nous répéter, nous espérons que les législateurs belges feront bon usage des options qui leur sont présentées dans la nouvelle directive et qu'ils s'efforceront de rédiger un texte à tout le moins compréhensible.

¹⁹⁵ Cette proposition de loi a été déposée par Mme Muriel Gerken et Mr Kristof Calvo et consorts.

¹⁹⁶ Ce qui nous semble toutefois contraire au texte du considérant n° 78 de la directive 2014/24 précitée, énoncé plus haut.

Chapitre 2. Critères de sélection et d'attribution

La capacité économique et financière ainsi que professionnelle et technique se vérifient au stade de la sélection qualitative via des critères établis au préalable par le pouvoir adjudicateur.

Outre un critère de sélection qualitative¹⁹⁷, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché pourront désormais constituer un critère d'attribution « *lorsque la qualité d[e ce] personnel peut avoir une influence significative sur le niveau du marché* », comme le prévoit l'article 67 § 2, b, de la nouvelle directive¹⁹⁸.

Dans l'ordre juridique belge, les principes et procédures de sélection qualitative sont inscrits à l'article 5, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006. Le Roi, habilité par l'alinéa 1^{er} de l'article 20 de la loi précitée, a fixé les règles relatives à la sélection qualitative dans l'AR du 15 juillet 2011¹⁹⁹, et plus particulièrement celles attachées au critère de capacité financière et économique à l'article 67 de cet arrêté.

La détermination du montant du chiffre d'affaires au titre de sélection qualitative revient au pouvoir adjudicateur qui, libre dans cette appréciation, se retrouve lié par le montant qu'il aura fixé²⁰⁰.

Le fait d'exiger un chiffre d'affaires trop élevé se révèle être un problème majeur pour les PME. D'aucuns avancent même le caractère discriminatoire à leur encontre lorsque le montant exigé est démesuré par rapport à l'objet du marché²⁰¹.

Nous verrons que des tentatives d'encadrement dans la détermination de ce critère ont été engagées. Si les pouvoirs adjudicateurs restent libres quant à son établissement, ils doivent toutefois veiller à l'exigence de proportionnalité qui leur incombe. En ce sens, nous exposerons la limite du double montant du marché évoquée tant par la directive 2014/24 que par la récente proposition de loi belge.

En termes de capacité technique et professionnelle, nous aborderons la question de l'agrément dans la quatrième section.

¹⁹⁷ Art. 58, § 4, al. 1^{er}, de la directive 2014/24 précitée.

¹⁹⁸ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁹ AR du 15 juillet précité.

²⁰⁰ C.E., n° 188.262 du 27 novembre 2008 ; C.E., n° 188.263, du 27 novembre 2008.

²⁰¹ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 5.

Section 1. Inscription du principe de proportionnalité

Pour la première fois, le principe de proportionnalité figure dans les principes généraux dont le respect doit être assuré tout au long de la procédure de passation.

Aux côtés des principes de concurrence, de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, l'exigence de proportionnalité est inscrite à l'article 18 de la nouvelle directive.

En termes de sélection qualitative, le considérant n° 83 de la directive 2014/24 est explicite : *« les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics »* et de continuer *« il conviendrait que toute exigence de cet ordre soit liée et proportionnée à l'objet du marché »*. Ce considérant mentionne expressément le critère du chiffre d'affaires minimum, qui ne peut être disproportionné par rapport à l'objet du marché. Dans cette optique, la directive a inséré le critère du double montant de la valeur du marché à l'article 58, § 3, alinéa 2.

L'article 58 de ladite directive oblige également à ce que toutes les conditions, limitées à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer, soient liées et proportionnées à l'objet du marché.

L'exigence de proportionnalité se retrouve par ailleurs dans l'article 42 de la directive 2014/24 concernant les spécifications techniques et dans l'article 47, § 2, de la même directive concernant la prolongation des délais de réception des offres et des demandes de participation.

Section 2. Chiffre d'affaires ne dépassant pas le double montant du marché

Le double montant du marché semblerait devenir la ligne de référence pour l'exigence du montant sur le chiffre d'affaires.

La proposition de loi précitée du 22 juin 2015 souhaite implémenter cette référence afin *« de lutter contre l'utilisation de critères discriminatoires, comme le fait d'exiger un chiffre d'affaires trop élevé, à l'encontre des PME et, d'autre part, de permettre à ces dernières de pouvoir prétendre aux marchés publics tout en garantissant au pouvoir adjudicateur de*

*travailler en confiance avec une entreprise ayant une expérience économique assez solide et donc un certain chiffre d'affaires »*²⁰².

L'article 58, § 3, al. 2, de la directive 2014/24 insère la limite du double de la valeur estimée du marché. Cet article ne laisse pas de marge de manœuvre aux Etats membres quant à l'application de ce maximum, la transposition devrait par conséquent être similaire à ce que la proposition du 22 juin 2015 suggère.

La directive et la proposition de loi optent pour la combine classique « principe – exception ». Les deux instruments prévoient que « *des circonstances dûment justifiées pourraient (...) justifier l'application d'exigences plus strictes en termes de chiffre d'affaires requis* »²⁰³. Ils donnent pour exemple une exécution du marché qui comporterait des risques importants, ou qui conditionnerait l'exécution d'autres marchés²⁰⁴.

Dans ces cas exceptionnels, les pouvoirs adjudicateurs restent libres de décider de façon autonome s'il est opportun et autonome de fixer des critères stricts, tel qu'un seuil plus élevé en termes de chiffre d'affaires en veillant à ce que celui-ci soit lié et proportionné à l'objet du marché²⁰⁵.

A notre plus grand regret, le considérant n° 83 de la nouvelle directive vient amoindrir considérablement la portée de cette nouvelle limite²⁰⁶. En effet, la discrétion des pouvoirs adjudicateurs face à la décision de fixer un seuil plus élevé est affranchie de tout contrôle administratif ou judiciaire²⁰⁷. La seule mention des principaux motifs de ce choix dans le rapport ou dans les documents de marché suffirait, selon la directive 2014/24, tandis que la proposition de loi désigne les documents de marché.

La mesure paraît pour le moins positive au regard de la facilitation de l'accès des PME, pour autant que les pouvoirs adjudicateurs n'usent pas abusivement de la marge de manœuvre qui leur est accordée. On pourrait suggérer que les cas dans lesquels l'acheteur public peut imposer un montant supérieur fassent l'objet d'une liste exhaustive établie par le Roi. Cependant, le risque de limiter la portée de l'exception en omettant une série d'hypothèses écarte la possibilité de rédiger une telle liste. Il faut donc espérer que les pouvoirs

²⁰² Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 5.

²⁰³ Art. 58, § 3, al. 2, de la directive 2014/24 précitée, et art. 2 de la proposition de loi du 22 juin 2015 précitée.

²⁰⁴ Considérant n° 83 de la directive 2014/24 précitée et, proposition de loi du 22 juin 2015 précitée p. 5.

²⁰⁵ Considérant n° 83 de la directive 2014/24 précitée.

²⁰⁶ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 46.

²⁰⁷ Considérant n° 83 de la directive 2014/24 précitée.

adjudicateurs mettront bien en œuvre l'exigence de proportionnalité qui leur est imposée, et que d'autres moyens, telle la formation des entités adjudicatrices, soutiennent l'application de la nouvelle référence.

Section 3. Cumul du chiffre d'affaires par la proposition de loi du 22 juin 2015

Ni la directive 2014/24 ni les réglementations en vigueur en Belgique ne font allusion à l'hypothèse du cumul du chiffre d'affaires.

La proposition de loi du 22 juin 2015 soumet l'idée d'ajouter un paragraphe à l'article 67 de l'AR du 15 juillet 2011 qui concerne la justification de la capacité financière et économique d'un candidat via l'une ou plusieurs des références citées dans la disposition, à savoir des déclarations bancaires, des comptes annuels ou encore une déclaration concernant le chiffre d'affaires global.

Alors que le quinzième considérant de la directive 2014/24 prévoit que les entités adjudicatrices devraient pouvoir indiquer expressément la manière dont les groupements doivent remplir les conditions relatives à la capacité économique et financière qui sont imposées aux opérateurs économiques **à titre individuel**. La proposition, quant à elle, entend permettre aux entreprises qui constituent une association momentanée de cumuler leur chiffre d'affaires et de ne faire qu'un. Si on comprend bien, les pouvoirs adjudicateurs n'auraient plus la possibilité de demander la preuve que chaque opérateur participant au groupement remplisse les conditions à titre individuel.

Les députés s'inspirent du système d'addition de classe en matière d'agrément. La législation belge permet actuellement, en ce qui concerne les entrepreneurs intéressés par les marchés de travaux qui se regroupent, d'additionner leur classe, en passant par l'agrément²⁰⁸.

Vu le silence de la directive et la tendance des législateurs belges à transposer de façon minimale, il nous semble toutefois fort improbable qu'une telle mesure soit retenue dans la loi qui transposera la directive 2014/24 et reformera les marchés publics.

²⁰⁸ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 7.

Section 4. Agréation

Dans le cas spécifique de marchés de travaux, l'agréation des entrepreneurs de travaux sert comme moyen de preuve de non-exclusion et de capacité économique, financière et technique minimale²⁰⁹. La matière est réglée par la loi du 20 mars 1991²¹⁰.

La proposition de loi du 22 juin 2015 rappelle le fonctionnement du système de l'agréation. L'entrepreneur reçoit une agréation du ministre régional compétent, après avis de la Commission fédérale d'agréation, s'il répond aux conditions requises pour mener à bien à des marchés de travaux. Ces conditions portent avant tout sur la capacité technique, la capacité financière et l'intégrité professionnelle²¹¹.

Le système de l'agréation fonctionne par catégories et sous-catégories qui se rapportent aux prestations sur lesquelles portent les marchés de travaux²¹². Ces (sous-)catégories sont ensuite réparties en huit classes qui se réfèrent au montant de l'offre retenue²¹³. L'agréation étant un critère de validité de l'attribution, un entrepreneur qui ne dispose pas de l'agréation requise ne se verra donc pas empêché de déposer une offre²¹⁴.

L'agréation est obligatoire à partir de 75 000 euros hors TVA pour les travaux classés en catégories et 50 000 euros hors TVA pour ceux classés en sous-catégories²¹⁵.

Les « grosses » entreprises ont donc la possibilité de faire concurrence aux PME sur les marchés qui ne nécessitent pas de classe élevée, alors que dans le sens inverse, les PME ne peuvent tout simplement pas postuler car elles ne remplissent pas les critères requis.

Les autorités publiques ont conscience de ce phénomène depuis de nombreuses années si bien qu'une circulaire fédérale de 1998 livrait déjà que « *dans la mesure où le pouvoir adjudicateur souhaite aller au-delà des exigences de l'agréation, il doit alors imposer des exigences supplémentaires et réclamer des documents appropriés. (...) Ce faisant, le pouvoir adjudicateur devra veiller à ne pas fixer des niveaux de capacité non raisonnablement* ».

²⁰⁹ Y. CABUY, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative des candidats et soumissionnaires », in *Le nouveau droit des marchés publics, De l'article à la pratique* (sous la dir. de Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL ET M. VASTMANS), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 227.

²¹⁰ Loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 6 avril 1991, p. 7244.

²¹¹ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 7.

²¹² Voyez les tableaux repris à l'Annexe III.

²¹³ Art. 3, § 4, de l'AR du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p. 23286.

²¹⁴ Y. CABUY, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative des candidats et soumissionnaires », *op. cit.*, p. 234.

²¹⁵ I. VAN KRUCHTEN, « La passation », coll. *La commande publique. Tome 3*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 105.

justifiables eu égard à l'importance et au degré de difficulté des travaux, à des contraintes liées au milieu dans lequel les prestations devront être exécutées... En revanche, si le pouvoir adjudicateur fixe indûment des niveaux élevés d'exigence, il risque de fermer la concurrence, notamment dans les classes d'agrégation les plus basses, à des entreprises petites et moyennes ayant cependant une capacité suffisante pour exécuter le marché »²¹⁶.

Depuis un arrêt rendu par le Conseil d'Etat de 1995²¹⁷, il était généralement admis que lorsque le marché faisait l'objet d'une subdivision en lots, la classe de l'agrégation devait être exigée pour chacun des lots, séparément²¹⁸.

Le Conseil d'Etat semble avoir abandonné ce principe par son arrêt du 20 mars 2014²¹⁹. Il a jugé que la détermination de la classe exigée pour un soumissionnaire qui a déposé offre pour plusieurs lots s'effectue par rapport à l'ensemble des lots qui lui sont attribués. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur devra additionner les montants des lots attribués au soumissionnaire concerné.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur le sort réservé aux catégories et sous-catégories dans une telle hypothèse. Si on estime que l'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire entraîne que seule une catégorie ou sous catégorie ne soit exigée, et si on se fie à ce que l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 prévoit, cette (sous-) catégorie serait sans doute déterminée par la part des travaux dont le montant est le plus élevé²²⁰.

Cette nouvelle jurisprudence n'est pas de bon augure pour les PME qui s'en tiennent en général aux premières classes de l'agrégation.

²¹⁶ Circulaire du Premier Ministre sur les marchés publics, la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, du 10 février 1998, *M.B.*, 13 février 1998, p. 4216, et plus précisément pour le texte cité p. 4224.

²¹⁷ C.E., n° 54.046 du 28 juin 1995.

²¹⁸ Y. CABUY, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative des candidats et soumissionnaires », *op. cit.*, p. 231. L'auteur, quant à lui, se réfère à un autre arrêt du Conseil d'Etat : C.E., n° 211.791 du 3 mars 2011, *BVBA Reno-Materia c/ Commune d'Affligem*.

²¹⁹ C.E., n° 226.850 du 20 mars 2014.

²²⁰ Nos propos sont inspirés de la note rédigée par Mr. T. CAMBIER, disponible sur <http://newsletter.cms-db.info/article.asp?nid=12479ddde207e0bcfc2c19b8ca87c926&did=8&aid=3944>.

Section 5. « Labellisation » des critères

Alors que sous l'empire de la directive 2004/18 il n'était question que de labels écologiques, la directive 2014/24 généralise l'utilisation de labels lors de la détermination des spécifications techniques, des critères d'attribution ou encore des conditions d'exécution du marché²²¹. La condition récurrente d'être lié à l'objet du marché limite également la mesure dans laquelle ces labels peuvent être exigés²²².

Contrairement à la valeur que la Cour de justice de l'Union européenne reconnaissait aux labels dans sa jurisprudence relative à l'ancienne directive 2004/18, la directive 2014/24 paraît leur accorder une valeur plus importante²²³.

Le fait de ne pas avoir obtenu de label dans les délais requis pour des raisons qui ne sont pas imputables à l'opérateur économique soumissionnaire devient le seul cas dans lequel les pouvoirs adjudicateurs acceptent d'autres moyens de preuve appropriés²²⁴.

L'obtention de tels labels engendre parfois des coûts relativement élevés qui risquent d'incommoder les PME. La généralisation de la preuve par label, par conséquent, n'est pas de nature à faciliter leur accès aux marchés publics.

²²¹ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 46.

²²² Art. 43, § 1, al. 1^{er}, a), de la directive 2014/24 précitée.

²²³ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 46.

²²⁴ Art. 43, § 1, al. 3, de la directive 2014/24 précitée.

Chapitre 3. Volet administratif

Outre les paramètres relatifs aux caractéristiques propres à un marché public, les PME doivent monter pour chaque offre un dossier administratif assez conséquent. Ce type d'entreprises n'a généralement pas la chance d'avoir à sa disposition une cellule juridique ou tout autre service prévu à cet effet. Amoindrir la charge administrative qui pèse sur les PME, quant au temps et aux compétences qu'elle réclame, semble donc indispensable pour la réalisation de l'objectif de facilitation de leur accès et de leur participation aux marchés publics.

Section 1. « e-Procurement »

Depuis quelques années, les autorités se focalisent sur le développement de la passation électronique des marchés publics. A titre d'exemple, en Belgique, une circulaire relative à l'utilisation des applications²²⁵ e-Procurement par les services de l'Etat fédéral²²⁶ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Cette circulaire fait preuve de la prise en considération par les autorités belges de l'efficacité et des avantages qu'un tel système pourrait procurer.

Outre une belle opportunité d'accroître l'efficience de la dépense publique, la transparence, et par conséquent la concurrence²²⁷, la passation électronique des marchés publics est perçue comme un tremplin pour les PME.

En effet, une procédure électronique tend à réduire considérablement le coût de l'accès et de la participation des entreprises. Il suffit de penser à toutes les impressions des documents que les entreprises sont tenues de faire parvenir aux pouvoirs adjudicateurs, aux frais engrangés par les services postaux, etc.²²⁸.

²²⁵ Ces applications sont les suivantes : e-Notification (pour la publication électronique des marchés), e-Tendering (pour les demandes de participation et offres introduites par les entreprises, ainsi que pour l'organisation de l'ouverture des offres pour les pouvoirs adjudicateurs) et e-Awarding (pour l'exécution de certaines tâches internes par les pouvoirs adjudicateurs comme l'introduction des critères d'attribution, l'évaluation des offres et l'attribution du marché).

²²⁶ Circulaire ministérielle P&O/2012/e-Proc sur l'utilisation des applications e-Procurement par les services de l'Etat fédéral, du 30 novembre 2012, *M.B.*, 7 décembre 2012, p. 79180.

²²⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics*, du 20 avril 2012, COM(2012) 179 final, p. 3. Ci-après « Communication de la Commission, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics* ».

²²⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne, *Des économies pour l'Europe : vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016*, IP/12/389.

Le 20 avril 2012, la Commission publiait une communication dénommée « *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics* »²²⁹. Pour introduire cette communication, la Commission éditait un communiqué de presse nommé « *Des économies pour l'Europe : vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016* ». La Commission entendait faire de la passation électronique la règle plutôt que l'exception d'ici la mi-2016. Pour soutenir ce que la communication visait à mettre en place, la Commission proposait une série de mesures d'accompagnement. Elles se composaient notamment du soutien financier et technique du développement de l'infrastructure de passation électronique par l'intermédiaire des programmes et des financements de l'UE, de la mise en œuvre d'une stratégie de diffusion pour informer les parties intéressées des possibilités et avantages que présente l'e-Procurement, et surtout de la définition et l'échange des bonnes pratiques dans ce domaine²³⁰.

Dans l'optique de cette dernière mesure, la Direction générale Marché intérieur et services a publié le « E-Procurement Golden Book of Good Practice »²³¹. Ce rapport rassemble les meilleures pratiques mises en œuvre dans les Etats membres.

L'ultime finalité de la révision des réglementations marchés publics, en ce qui concerne la passation électronique, est l'utilisation des moyens électroniques au cours de toutes les phases de la procédure de passation, autrement dit, depuis la publication de l'avis de marché jusqu'au paiement²³². A un an de l'échéance fixée par la Commission, voyons quelle est la situation en Belgique et ce que la directive 2014/24 propose pour atteindre cet objectif.

§1. Notification électronique et publication électronique

En Belgique, on observe depuis 2006 un développement conséquent en matière d'e-Procurement. Deux étapes de la procédure sont à présent effectuées électroniquement par tous les pouvoirs adjudicateurs, à savoir l'introduction des avis de marché et leur publication²³³.

L'outil Free Market, section de la plate-forme e-Notification, permet aux pouvoirs adjudicateurs de publier des avis de marchés en dessous du seuil de publication²³⁴, et par la

²²⁹ Communication de la Commission, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics* précitée. Pour avoir un aperçu des principaux axes de cette stratégie, voyez Marchés publics, « Passation électronique des marchés publics, Stratégie », *Actualité du droit de l'Union européenne*, 2012, n°89, pp. 82 – 84.

²³⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne, *Des économies pour l'Europe : vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016*, précité, p. 2.

²³¹ E-Procurement Golden Book of Good Practice, DG MARKT, PwC, 11 mars 2013.

²³² Communication de la Commission, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics* précitée, p. 3.

²³³ E. VERCRUYSE, « Marchés publics électroniques, les outils à disposition des pouvoirs locaux », *Mouv. comm.*, 2013, liv. 2, p. 38.

même occasion d'attirer plus de fournisseurs sans placer de publication officielle²³⁵. Les PME auraient donc plutôt intérêt à se concentrer sur les marchés publiés dans cette section.

Le dépôt électronique des offres (« e-Tendering ») est en expansion. Il est utilisé par la plupart des services fédéraux et régionaux, et par quelques pouvoirs locaux²³⁶. Il reste encore un long chemin avant que la procédure électronique façonne toute la passation. On ne peut qu'encourager les autorités à poursuivre sur cette voie et tout mettre en œuvre pour se conformer à la date butoir de 2016 évoquée par la Commission européenne, ce qui nous paraît toutefois délicat à réaliser au vu des coûts et processus que le développement électronique réclame.

§2. Procédures électroniques

Les systèmes d'acquisition dynamique, les enchères électroniques et les catalogues électroniques sont respectivement régis par les articles 34, 35 et 36 de la nouvelle directive.

Dans la législation belge actuelle, les marchés de travaux sont exclus du champ d'application des systèmes d'acquisition dynamique (*ci-après* « SDA »). Cela prend tout son sens étant donné que ce type de procédure est adapté à l'achat de biens et services standardisés²³⁷.

L'article 34 de la directive 2014/24 assure le respect d'une mise en concurrence adaptée aux SDA. Le considérant n° 66 nous intéresse particulièrement puisqu'il prévoit que « *le pouvoir adjudicateur concerné devrait pouvoir organiser le système en catégories de produits, travaux ou services définies de manière objective* » expressément « *pour accroître les chances des petites et moyennes entreprises (PME) de participer à un système d'acquisition dynamique à grande échelle, comme ceux mis en place par une centrale d'achat* ». La définition de ces catégories devrait se fonder sur des facteurs objectifs qui pourraient, par exemple, comprendre la taille maximale autorisée des marchés spécifiques à attribuer dans le cadre de la catégorie concernée ou une zone géographique précise dans laquelle les marchés spécifiques doivent être exécutés. Lorsqu'un système d'acquisition dynamique est divisé en catégories, le pouvoir adjudicateur devrait appliquer des critères de sélection proportionnés aux caractéristiques de la catégorie concernée²³⁸.

²³⁴ Circulaire P&O/2012/e-Proc précitée, p. 79184.

²³⁵ E. VERCRUYSE, *op. cit.*, p. 40.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ N. FRANÇOIS ET M. BELMESSIERI, *op. cit.*, p. 355.

²³⁸ Considérant n° 66 de la directive 2014/24 précitée.

Les catalogues électroniques, nouvel outil intégré dans la directive 2014/24, permettent aux pouvoirs adjudicateurs de requérir que les offres soient présentées sous un tel format électronique uniformisé²³⁹.

Section 2. Déclarations sur l'honneur

§1. Déclaration implicite sur l'honneur et le DUME

Dans le cadre des mesures de simplification administrative²⁴⁰, l'article 61, § 4, de l'AR du 15 juillet 2011 innove en disposant que : « *le pouvoir adjudicateur peut autoriser dans les documents du marché, les candidats ou les soumissionnaires, à produire une déclaration sur l'honneur confirmant qu'ils ne se trouvent pas dans un des cas d'exclusion visés aux §§ 1^{er} et 2. Les documents du marché peuvent prévoir que par le seul fait de leur participation, les candidats ou les soumissionnaires formulent une telle déclaration* ».

La nouveauté réside dans le fait que la déclaration sur l'honneur suffit à ce que les entreprises puissent déposer une offre. Toutefois, la déclaration sur l'honneur ne pouvant être assimilée à un moyen de preuve²⁴¹, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation du soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision d'attribution²⁴².

La déclaration implicite sur l'honneur est désormais obligatoire pour les procédures ouvertes, les procédures négociées avec publicité et négociées sans publicité (lorsqu'elles se déroulent en une seule phase), et ce pour autant que les pouvoirs adjudicateurs concernés par la passation aient accès gratuitement par des moyens électroniques aux renseignements ou documents relatifs aux causes d'exclusion²⁴³.

Au niveau européen, une nouveauté vient s'ajouter aux moyens de preuve traditionnels déjà incorporés dans les directives 2004/17 et 2004/18²⁴⁴, tels que la base de données de certificats

²³⁹ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁰ Rapport au Roi de l'AR 15 juillet 2011 précité.

²⁴¹ Rapport au Roi de l'AR 15 juillet 2011 précité.

²⁴² Art. 61, § 4, al. 2, de l'AR du 15 juillet 2011 précité.

²⁴³ En vertu de l'art. 17 de l'AR du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, du 21 février 2014, p. 13992. Cet article modifie l'art. 61, § 4, de l'AR du 15 juillet 2011.

²⁴⁴ M. TRYBUS, *op. cit.*, p. 269.

e-Certis²⁴⁵ et les normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale²⁴⁶. Prévu à l'article 59 de la directive 2014/24, le Document unique du marché européen (ci-après « DUME ») sera rendu obligatoire pour les marchés dépassant les seuils européens²⁴⁷.

Le DUME forme une déclaration sur l'honneur explicite actualisée²⁴⁸, et plus précisément « une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur »²⁴⁹. L'avantage est qu'il peut être réutilisé par les pouvoirs adjudicateurs s'ils confirment que les informations qu'il contient sont toujours valables²⁵⁰.

Contrairement à la déclaration sur l'honneur implicite prévue dans l'ordre juridique belge, le DUME peut viser aussi les critères de sélection, et non pas seulement les motifs d'exclusion²⁵¹. On espère qu'à terme, le système belge se calquera sur celui prévu par la directive 2014/24.

Les deux mécanismes présentent malgré tout quelques similarités²⁵². Ils déchargent les opérateurs économiques de l'obligation de présenter des documents justificatifs lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'obtenir des pièces en accédant à une base de données électronique²⁵³. Les pouvoirs adjudicateurs qui décident d'attribuer le marché à un soumissionnaire qui par après se montre réticent à fournir les éléments pertinents, peuvent décider de ne pas conclure le marché avec celui-ci²⁵⁴.

²⁴⁵ Art. 61 de la directive 2014/24 précitée.

²⁴⁶ Art. 62 de la directive 2014/24 précitée.

²⁴⁷ Pour comprendre l'interaction des deux mécanismes prévue par l'avant-projet de loi, voyez le tableau de l'Annexe réalisé par la Chancellerie du Premier ministre dans le cadre d'un questionnaire visant à refléter les tendances et les moyens mis en œuvre par la Belgique dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24.

²⁴⁸ Considérant n° 84 de la directive 2014/24 précitée, et P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 45.

²⁴⁹ Art. 59, § 1, al. 3, de la directive 2014/24 précitée.

²⁵⁰ Art. 59, § 1, al. 4, de la directive 2014/24 précitée.

²⁵¹ Réponse de la Chancellerie du Premier Ministre. Disponible sur https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_Belgium.pdf, p. 3.

²⁵² Voyez le tableau de comparaison repris à l'Annexe IV.

²⁵³ Art. 59, § 5, de la directive 2014/24 précitée.

²⁵⁴ Considérant n° 84 de la directive 2014/24 précitée pour le DUME.

§2. e-CERTIS

La base de données e-Certis²⁵⁵ facilite l'accès à la liste des certificats et déclarations susceptibles d'être exigés des soumissionnaires dans le cadre de la passation.

Le recours à cette plate-forme était déjà intégré dans les directives précédentes. La nouvelle directive prévoit cependant l'obligation d'utilisation de cet outil deux ans après l'expiration du délai de transposition, autrement dit, pour 2018.

Cela renforce sans nul doute la sécurité juridique et la clarté relatives aux certificats et déclarations que les pouvoirs adjudicateurs sont susceptibles d'exiger, surtout en ce qui concerne les offres transfrontalières et les documents qui en sont requis²⁵⁶.

§3. Digiflow et Télémarc

Dans le cadre des conditions d'accès et de la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier certains éléments relatifs à la situation personnelle (droit d'accès, cause d'exclusion), à la situation financière et à l'expérience des candidats/soumissionnaires (sélection qualitative) en fonction du type de procédure choisi²⁵⁷. Traditionnellement, tous les candidats/soumissionnaires joignaient à leur offre une série de documents demandant de leur part des démarches administratives assez lourdes²⁵⁸.

Dans le cadre de la simplification administrative des marchés publics, le pouvoir fédéral a développé une application informatique, Digiflow, qui simplifie l'échange des données entre les sources authentiques et les utilisateurs²⁵⁹. Concrètement, cela signifie que Digiflow permet à l'utilisateur de demander les attestations directement à la source authentique par un formulaire électronique, ce qui remplace la requête, la création et le transfert en papier. Dans le contexte des marchés publics, on parle de Télémarc²⁶⁰.

L'application Télémarc constitue une mesure importante de simplification administrative destinée à éviter que des attestations et certificats déjà disponibles électroniquement ne soient

²⁵⁵ Pour un aperçu, voyez le site <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=fr>.

²⁵⁶ Communication de la Commission, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics* précitée, p. 7.

²⁵⁷ I. VAN KRUCHTEN, *op. cit.*, pp. 84 – 85.

²⁵⁸ E. VERCRUYSE, *op. cit.*, p. 42.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Voyez le site http://www.fedweb.belgium.be/fr/services_en_ligne/online_digiflow.jsp#.Vb_tPvntmko.

demandés à des entreprises et des particuliers²⁶¹. L'application permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander des informations sur les candidats et soumissionnaires, en particulier dans le cadre de la vérification de leur situation personnelle (droit d'accès). Ces informations sont fournies par le biais d'un accès direct à une série de banques de données, dites « sources authentiques », comme l'Office national de sécurité sociale (ONSS), le Service public fédéral Finances, la Centrale des bilans de la Banque Nationale,...²⁶².

L'article 19 de l'arrêté royal du 7 février 2014²⁶³ modifie l'article 63 de l'AR du 15 juillet 2011 et ajoute deux documents à la liste de ceux que le pouvoir adjudicateur peut se procurer via Télémarch : l'attestation relative aux dettes fiscales et l'attestation d'agrément. L'attestation de l'ONSS, l'attestation d'inscription en tant qu'assujéti à la T.V.A., l'attestation relative à la situation juridique (non-faillite ou situation semblable) et les comptes annuels faisaient déjà partie de la liste.

§4. Crédo « only once » repris par la proposition de loi du 22 juin 2015

Le crédo de l'*only once* désigne une généralisation des déclarations sur l'honneur en prônant le principe de confiance²⁶⁴. Cela se concrétiserait par la possibilité pour les entreprises de répondre à un marché public avec leur seul numéro d'entreprise, reçu lors de leur inscription à la Banque Carrefour²⁶⁵.

De toute évidence, l'introduction d'une telle mesure réduirait drastiquement la charge administrative imposée aux entreprises et s'inscrirait parfaitement dans la lignée de la facilitation de l'accès des PME aux marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs, s'ils l'estiment nécessaire, resteraient toutefois autorisés de demander à l'entreprise qu'elle fournisse des informations et des justificatifs complémentaires²⁶⁶. En ce qui concerne les autres documents requis (notamment pour l'évaluation des capacités techniques, économiques et financières), les entreprises n'auraient qu'à fournir des déclarations sur l'honneur dans un premier temps, et en cas d'attribution du marché, disposeraient d'un délai de vingt jours pour faire parvenir les originaux. L'article 5 de la proposition de loi précise que si les documents officiels ne sont pas fournis dans le délai

²⁶¹ Pour le détail des services assurés par cette plate-forme, voyez <http://www.simplification.be/content/marche-public-telemarc>.

²⁶² Art. 19 de l'AR du 7 février 2014 précité.

²⁶³ AR du 7 février 2014 précité.

²⁶⁴ Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 7.

²⁶⁵ Commentaires des articles, Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 9.

²⁶⁶ Commentaires des articles, Proposition de loi du 22 juin 2015 précitée, p. 10.

prévu, le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire le mieux classé qui peut fournir les documents requis ou rend une décision motivée décidant de ne pas attribuer le marché²⁶⁷.

Section 3. Délais

Les règles relatives aux délais figurent aux articles 42 à 49 de l'AR du 15 juillet 2011. Il y est demandé aux pouvoirs adjudicateurs de tenir compte de la complexité du marché et du temps nécessaire à la préparation des offres.

La durée de ces délais a toutefois été revue à la baisse dans la directive 2014/24²⁶⁸. Conscients de cette réduction, les rédacteurs soulèvent tout de même que « *afin de rendre les procédures plus rapides et plus efficaces, les délais prévus pour la participation aux procédures de passation de marché devraient demeurer aussi courts que possible, **sans entraver indûment l'accès des opérateurs économiques au sein du marché intérieur, et notamment des PME.** Il convient dès lors de garder à l'esprit que, lorsqu'ils fixent les délais de réception des offres et des demandes de participation, **les pouvoirs adjudicateurs devraient tenir compte en particulier de la complexité du marché et du temps requis pour l'élaboration des offres, même si cela implique de fixer des délais supérieurs aux minimums prévus en vertu de la présente directive** ».*

Dans le souci de faciliter l'accès et la participation des PME aux marchés publics, le Code européen des pratiques de 2008 soulignait déjà la nécessité d'octroyer un délai suffisant pour la préparation des offres²⁶⁹. En réalité, les PME ne disposent généralement que de peu, voire d'aucune capacité administrative spécifique dédiée à la préparation des documents nécessaires à la participation à des marchés publics²⁷⁰. Dès lors, l'avis de pré-information est perçu comme une opportunité pour les PME de se préparer convenablement aux offres de marchés publics²⁷¹, et son emploi devrait être encouragé.

Le développement et l'utilisation des moyens électroniques requièrent également une adaptation de la législation en termes de délais. A titre exemplatif, en cas d'indisponibilité des applications e-Procurement, l'article 20 de l'AR du 7 février 2014 dédie aux candidats/

²⁶⁷ Art. 9 de la proposition de loi du 22 juin 2015 précitée.

²⁶⁸ P. NIHOUL ET T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 45. Pour avoir un aperçu, voyez le tableau repris à l'Annexe V.

²⁶⁹ P. FLAMME, M.-A. FLAMME ET C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 346.

²⁷⁰ Code européen des bonnes pratiques précité, p. 21.

²⁷¹ Code européen des bonnes pratiques précité, p. 21.

soumissionnaires concernés une possibilité supplémentaire d'introduire leur demande de participation/offre. Il est prévu que « *le pouvoir adjudicateur puisse reporter l'ouverture des demandes de participation/des offres, à condition qu'avant l'ouverture, il ait eu connaissance d'une indisponibilité de l'application e-Procurement, et qu'il ait été averti par au moins un candidat/soumissionnaire de ce que ce dernier risque de ne pas pouvoir introduire à temps sa demande de participation/son offre en raison de cette indisponibilité* »²⁷².

Nous aimerions soulever que, nonobstant les bénéfices qu'ils apportent, l'utilisation généralisée des procédures dématérialisées et le raccourcissement des délais de présentation des candidatures et des offres créent de nouveaux risques. On pense notamment aux coûts de la mise en place d'un tel système, aux risques liés à l'insécurité dans le transfert de données informatiques, etc.

²⁷² Art. 20 de l'AR du 7 février 2014 précité.

Chapitre 4. Sous-traitance

Malgré la longueur de l'article 71 sur la sous-traitance, la directive 2014/24 ne définit pas la notion pour autant. Cette absence ne pourrait être palliée par l'ordre juridique belge car il n'en contient pas non plus²⁷³.

P. THIEL propose de se référer à la loi française sur la sous-traitance qui donne la définition suivante « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »²⁷⁴.

La Cour d'appel de Liège définit le contrat de sous-traitance comme « *le contrat par lequel une entreprise charge son cocontractant de réaliser un travail décrit en lui laissant la charge de déterminer les moyens de réalisation et la direction de la partie du chantier sous-traité, en contrepartie d'un prix tenant compte des aléas, responsabilités et frais de surveillance. Il n'existe pas de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Le sous-traitant répond de ses fautes contractuelles envers son seul contractant* »²⁷⁵.

Si le contrat de marchés publics se qualifie d'*intuitu personae*, cela ne signifie pas pour autant que l'adjudicataire ne puisse pas transférer une partie de l'exécution du contrat à un sous-traitant. Cette opération doit cependant rester neutre. Autrement dit, dans le chef du pouvoir adjudicateur, son cocontractant et interlocuteur reste l'entrepreneur principal, responsable de l'ensemble de la commande à son égard²⁷⁶.

Si le pouvoir adjudicateur a la possibilité de poser quelques conditions dans le cahier spécial des charges, à défaut desquelles seul l'adjudicataire est responsable et libre de désigner qui effectuera la partie du contrat sous-traitée²⁷⁷. Nulle disposition, légale ou réglementaire, ne lui permet de refuser l'opération de sous-traitance en tant que telle²⁷⁸.

²⁷³ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 831, n° 757.

²⁷⁴ Art. 1^{er} de la loi française n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

²⁷⁵ Liège, 13^e ch., 11 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 00/44, cité in B. LOUVEAUX, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », in *La sous-traitance* (coll. F. BALON, B. LOUVEAUX ET P. HENRY), Bruxelles, Larcier, 2006, p. 10.

²⁷⁶ P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP 2015*, op. cit., p. 831, n° 757.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP 2014*, op. cit., p. 762, n°601.

Section 1. Problématique du dumping social

Le dumping social fait couler beaucoup d'encre en Belgique. En effet, les polémiques se basent plus sur cette problématique, mise sur le dos de la sous-traitance, plutôt que sur la technique en elle-même. Le dumping social se traduit par l'exploitation de travailleurs, en particulier sur des chantiers de construction, où ils évoluent dans des conditions non-conformes à la réglementation fédérale, et également par la prolifération de sociétés qui exercent leurs activités sur le territoire belge mais installent leur siège dans un pays où les conditions salariales et de sécurité sociale sont plus avantageuses pour les employeurs²⁷⁹.

Ce phénomène engendre un élan de protectionnisme ciblant les PME locales et nationales plutôt que les PME européennes telles qu'elles sont visées par les directives européennes.

Deux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne limitent considérablement les mesures que les autorités des Etats membres touchés par le phénomène de dumping social pourraient envisager.

L'article 45 du traité précité, dispose que « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union* » ainsi que l'article 18 qui, quant à lui, précise que « *dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

Prenons pour exemple l'insertion d'une clause de langue dans le contrat de marchés publics. Une modalité qui consisterait à imposer une langue à l'entièreté du personnel qui travaille sur un chantier ayant fait l'objet d'un marché public reviendrait sans aucun doute à contraindre la libre circulation des travailleurs en leur imposant une condition de langage, et constituerait une discrimination envers des travailleurs qui ne parlent pas « la langue du chantier ». Par contre, une modalité qui demanderait à un responsable sur le chantier de parler, comprendre et appliquer la langue du cahier spécial des charges relève selon nous de la nécessité afin d'assurer la bonne exécution du marché.

Le 8 juillet 2015, un accord de partenariat entre les syndicats du secteur de la construction, les organisations d'employeurs du secteur, le secrétaire d'État à la Lutte contre la fraude sociale, le ministre des Classes moyennes, des Indépendants et des PME et différentes autorités (le SIRS, le SPF Sécurité sociale, le SPF ETCS, l'ONSS, l'ONEM), dénommé « Plan pour la

²⁷⁹ Propos de D. Coppi, à la page 5 du Journal Le Soir du mercredi 22 juillet 2015.

concurrence loyale », a été adopté pour le secteur de la construction²⁸⁰. En réponse à la problématique du dumping, il entend notamment étendre la condition d'agrément comme entrepreneur à tous les sous-traitants de la chaîne compte tenu de la classe et des catégories qui correspondent aux travaux qu'ils exécuteront²⁸¹.

Section 2. Encadrement de la sous-traitance

L'encadrement de la sous-traitance n'appuierait pas directement l'accès et la participation des PME aux marchés publics. Cependant, au regard de la pression des entrepreneurs généraux et au déséquilibre qui caractérise les contrats de sous-traitance auxquels les petites entreprises doivent faire face, cette idée d'encadrement permettrait de rééquilibrer les rapports de force.

L'article 71 de la nouvelle directive contient une option pour les Etats membres de rendre l'indication dans l'offre de toute part du marché que le soumissionnaire aurait l'intention de sous-traiter ainsi que la liste des sous-traitants proposés.

Dans le même ordre d'idée, le « Plan pour la concurrence loyale » susmentionné intègre une mesure qui n'est autre que la limitation du nombre de sous-traitants dans la chaîne verticale, à un maximum de deux maillons²⁸².

Dans l'idéal, la transposition de la directive 2014/24 devrait adhérer à cette ligne de conduite et l'intégrer.

Section 3. Action directe et paiement direct

A priori, c'est à l'entrepreneur principal que revient l'obligation de paiement envers l'entreprise sous-traitante²⁸³, quand bien même il n'aurait pas encore été rétribué par le pouvoir adjudicateur, et ce en totalité, dès que le sous-traitant a terminé sa part de travail²⁸⁴.

En matière de prix et de sous-traitance, il existe deux principes majeurs : la transparence et l'indépendance.

²⁸⁰ « Plan pour une concurrence loyale, 40 mesures concrètes pour la construction » du 8 juillet 2015. Notamment disponible sur : http://borsus.belgium.be/sites/default/files/articles/Plan%20concurrence%20Construction_1.pdf.

²⁸¹ « Plan pour une concurrence loyale » précité, p. 5.

²⁸² « Plan pour une concurrence loyale » précité, p. 4.

²⁸³ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁴ *Ibidem*, citant Comm. Charleroi, 3e ch., 24 juillet 2003, DA/OR, 2004, p. 44.

Dans un premier temps, l'indépendance entre le contrat principal et le sous-contrat se traduit par une autonomie complète au stade de la fixation du prix²⁸⁵. Cela sous-entend que les prix peuvent différer d'un contrat à l'autre.

Par l'application du principe de transparence, c'est-à-dire la transposition systématique au sous-traité des conditions du marché principal, le sous-traitant ne peut exiger le paiement que dans la mesure où l'entrepreneur principal a lui-même été payé²⁸⁶.

§1. Action directe

L'action directe permet à un créancier d'agir directement à l'encontre du débiteur de son propre débiteur²⁸⁷. En matière de marchés publics, le sous-traitant bénéficie d'une double protection.

Le siège de la matière en droit belge est inscrit à l'article 1798 du Code civil. Il est disposé que : « *les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits par l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée* »²⁸⁸.

Le mécanisme de l'action directe connaît cependant quelques spécificités en matière de marchés publics.

En principe, les créances résultant de l'exécution d'un marché public ne peuvent faire l'objet ni de saisie-arrêt ou opposition, ni de cession, et ce jusqu'à la réception des travaux²⁸⁹. Les sous-traitants font partie de ceux qui échappent à cette interdiction. En vertu des articles 1798 du Code civil précité et 20, 12° de la loi hypothécaire²⁹⁰, les sous-traitants peuvent non seulement exercer l'action directe et invoquer un privilège. De surcroît, en vertu de la loi du

²⁸⁵ B. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 28.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁸⁷ P. WÉRY, *Précis de droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., p. 829, n° 884.

²⁸⁸ Article 1798 du Code civil tel que modifié par la loi du 19 février 1990, *M.B.*, le 23 mars 1990.

²⁸⁹ P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance* (coll. F. BALON, B. LOUVEAUX ET P. HENRY), Bruxelles, Larcier, 2006, pp 64 – 65.

²⁹⁰ Loi du 16 décembre 1851 formant le titre XVIII nouveau du livre III du Code civil, *M.B.*, le 22 décembre 1851.

24 décembre 1993, ils sont les seuls à pouvoir pratiquer une saisie sur les créances qui reviennent à l'entrepreneur général²⁹¹, ce qui est pour le moins positif.

Le sous-traitant ne peut intenter l'action directe contre le maître d'ouvrage, autrement dit le pouvoir adjudicateur, que lorsque la créance de l'entrepreneur sur le maître d'ouvrage est encore disponible dans le patrimoine de l'entrepreneur²⁹², et ce à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur de l'entrepreneur principal.

La loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière²⁹³, dont l'entrée en vigueur est désormais prévue pour le 1^{er} janvier 2017²⁹⁴, ajoute un alinéa intéressant à l'article 1798 du Code civil. Cet alinéa disposera que : *« en cas de désaccord entre le sous-traitant et l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage peut consigner les sommes dues à la Caisse des dépôts et consignations ou sur un compte bloqué au nom de l'entrepreneur et du sous-traitant auprès d'un établissement financier. Le maître de l'ouvrage y est tenu si l'entrepreneur principal ou le sous-traitant l'y invite par écrit »*.

Cela permettra d'améliorer la transparence au niveau des différences entre les prix élaborés entre l'entrepreneur et le sous-traitant et ceux établis entre le pouvoir adjudicateur et l'entrepreneur principal. Le nouvel alinéa délivrera également une opportunité pour les sous-traitants de s'assurer que le montant qui leur est dû par l'entrepreneur principal soit bloqué.

§2. Paiement direct

En France, le mécanisme du paiement direct au sous-traitant de premier rang a déjà fait l'objet d'une réglementation²⁹⁵.

Les conditions de ce paiement direct sont régies par le Titre II de la loi sur la sous-traitance²⁹⁶ et aux articles 112 à 117 du Code des marchés publics²⁹⁷. Il requiert l'acceptation et

²⁹¹ P. THIEL, « Le droit civil et les marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* (sous la dir. de A. L. DURVIAUX ET N. THIRION), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 505 – 506.

²⁹² P. THIEL, « Le droit civil et les marchés publics », *op. cit.*, pp. 505 – 506.

²⁹³ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013, p. 48463.

²⁹⁴ Son entrée en vigueur, initialement prévue au 1^{er} décembre 2014, a été modifiée par la loi du 26 novembre 2014 modifiant la date d'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 1^{er} décembre 2014, p. 93115.

²⁹⁵ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

²⁹⁶ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

²⁹⁷ Code des marchés publics français, version consolidée au 22 mars 2015.

l'agrément des conditions de paiement²⁹⁸. L'article 6 de la loi dispose que « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ». Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant²⁹⁹.

Le paiement direct s'est révélé très positif si bien qu'il constitue le mode de garantie le plus efficace institué par la loi sur la sous-traitance³⁰⁰.

Le paragraphe 3 de l'article 71 de la directive 2014/24 offre la possibilité aux Etats membres de « *prévoir que, à la demande du sous-traitant et si la nature du marché le permet, **le pouvoir adjudicateur effectue directement au sous-traitant les paiements dus pour les services, fournitures ou travaux qu'il a fournis à l'opérateur économique auquel le marché public a été attribué (le contractant principal)*** ».

Le considérant n° 78, à la base lié à la division des marchés en lots, précise que c'est dans le même but de faciliter la participation des PME aux marchés publics que la directive concède cette option aux Etats membres. Nous ne pouvons donc qu'espérer que l'obligation de paiement direct figurera dans la loi de transposition belge.

²⁹⁸ J.-P. BABANDO, *La sous-traitance dans la construction. Marchés publics, marchés privés*, Paris, LexisNexis Litec, Paris, 2005, p. 62.

²⁹⁹ Art. 116, al. 6, du Code des marchés publics français précité.

³⁰⁰ J.-P. BABANDO, *op. cit.*, p. 55.

Chapitre 5. Relations entre les donneurs d'ordre publics et les PME

La lecture des normes relatives aux marchés publics, qu'elles soient européennes ou nationales, démontrent un degré de difficulté et de détail et requiert un certain niveau d'expertise pour être assimilées.

D'une part, les acheteurs publics ne sont, et cela est compréhensible bien que regrettable, pas toujours formés pour appliquer toutes les possibilités offertes par les réglementations en termes de procédure et d'agencement de la commande.

D'autre part, la multitude de considérations que l'acheteur public doit prendre en compte (telles la maximisation du profit³⁰¹, la concurrence, l'insertion des clauses sociales, environnementales et éthiques, la facilitation de l'accès des PME...), et ce tout en respectant les exigences des directives et normes nationales, lui rend la tâche ardue.

Si, et ce sera vraisemblablement le cas, les législateurs gardent l'esprit du système uniforme, autrement dit l'adoption d'une même loi pour les marchés au-dessus et en-dessous des seuils européens, il paraît indispensable que les pouvoirs adjudicateurs³⁰² soient capables de lire, de comprendre et d'appliquer les réglementations marchés publics à bon escient.

Comme A. FLYNN ET P. DAVIS le soumettent, la frustration des PME par rapport aux marchés publics est engendrée par les comportements et actions des acheteurs publics plutôt que par les politiques en elles-mêmes³⁰³. En d'autres termes, des règles détaillées ne délivreront aucune utilité si les personnes visées par ces normes n'assurent pas leur mise en œuvre³⁰⁴.

Le Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics de 2008 précité pointait déjà la nécessité de changer les pratiques des pouvoirs adjudicateurs plutôt que d'apporter d'autres modifications législatives aux directives relatives aux marchés publics³⁰⁵.

³⁰¹ A. FLYNN AND P. DAVIS, *op. cit.*, p. 112.

³⁰² Nous pensons particulièrement aux pouvoirs locaux.

³⁰³ A. FLYNN AND P. DAVIS, *op. cit.*, p. 111.

³⁰⁴ A. FLYNN AND P. DAVIS, *op. cit.*, reprennent les propos de J. BEYER, J. STEVENS AND T. HARRISON, « The implementing organization : exploring the black box in research on public policy », in *Organizations Theory and Public Policy* (R. HALL AND R. QUINN eds.), Sage Publications, Thousand Oaks, 1983, p. 229.

³⁰⁵ Code européen des bonnes pratiques précité, p. 2.

Il importe que les Etats membres assurent la diffusion et la promotion auprès des pouvoirs adjudicateurs des pratiques et mesures qui tendent à faciliter l'accès et la participation des PME à leurs offres de marchés publics. Les formations auxquelles les pouvoirs adjudicateurs sont invités, voire même obligés, à participer semblent subsister comme le moyen le plus adéquat.

Du côté des PME, il y a également quelques efforts à fournir. Il existe un climat de méfiance à l'égard des pouvoirs adjudicateurs. Il est donc indispensable de restaurer l'image des marchés publics dans l'esprit des dirigeants des PME en assurant les principes d'égalité de traitement et de transparence, ainsi qu'en renforçant la prise de décision objective et motivée³⁰⁶.

Outre les multiples moyens dont les pouvoirs adjudicateurs disposent pour rendre leurs offres plus attractives et abordables pour le PME, il est essentiel de créer un forum destiné à favoriser le dialogue entre les entreprises et les pouvoirs publics.

³⁰⁶ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 15.

TITRE III. SOLUTION DÉGAGÉE DANS LE CADRE DU MÉMOIRE

Les initiatives législatives et réglementaires européennes et belges sont de bon augure quant au renforcement de l'accès et de la participation des PME aux marchés publics.

Cependant, tel que susmentionné, les normes ne cessent de se complexifier d'une part pour les pouvoirs adjudicateurs, pensons notamment aux pouvoirs locaux de petite taille composés de personnes qui ne jouissent pas d'une qualification suffisante pour comprendre de tels montages, et d'autre part, les entreprises elles-mêmes qui manquent de temps et de capacité pour comprendre toutes les obligations qui leur incombent.

De surcroît, les donneurs d'ordre publics et les PME font partie de deux mondes différents, et en certains points opposés, qui se connaissent mal et ont peu conscience du contexte, des préoccupations et des contraintes qui pèsent sur l'autre partie³⁰⁷.

C'est dans cet ordre d'idée que la création d'une plate-forme de liaison, dénommée « Le bureau intermédiaire », nous est venue à l'esprit.

Le bureau intermédiaire (*ci-après*, « le Bureau ») équivaldrait à une plate-forme tournée tant vers les pouvoirs adjudicateurs que vers les PME. L'objectif de ce Bureau reviendrait à améliorer la jonction entre l'offre et la demande en matière de marchés publics et à faciliter l'accès et la participation à ceux-ci des PME de tous secteurs d'activité confondus.

Nous développerons dans un premier temps les rôles assurés par cette plate-forme. Ensuite nous consacrerons un dernier chapitre à la structure qu'elle devrait revêtir.

³⁰⁷ D. VAN CAILLIE, M. PICHOT, E. HOUBA ET S. SANTIN, *op. cit.*, p. 15.

Chapitre 1. Définition des rôles du Bureau et leur mise en œuvre

Deux missions distinctes pourraient être attribuées à ce Bureau : le coaching des entités adjudicatrices et la plate-forme PME.

Section 1. Coaching des pouvoirs adjudicateurs

Les réglementations relatives aux marchés publics ne relèvent pas de l'ordre de la simplicité et leur application exige certaines compétences et capacités.

Le niveau de difficulté rencontré crée une barrière qui empêche les pouvoirs adjudicateurs de comprendre les réglementations et ainsi de les appliquer à bon escient. Ils passent donc à côté de nombreuses techniques, qui si bien expliquées et comprises, leur permettrait de rédiger convenablement les documents de marché, en fonction de leurs besoins.

A l'image du métier de facilitateur pour la rédaction de clauses sociales, environnementales et éthiques, la mission d'un organisme comme le Bureau viserait à coacher les administrations afin de les sensibiliser et initier aux outils qui s'offrent à elles pour ouvrir les portes des marchés publics aux PME. On pense notamment à la division des marchés en lots, qui semble complexe mais une fois gérée peut s'avérer très bénéfique, l'e-Procurement, etc. Les donneurs d'ordre pourraient dès lors lancer des offres qui ouvriraient des possibilités aux PME.

Cette tâche se traduirait par des formations dispensées par des experts auprès des pouvoirs adjudicateurs, par la mise à disposition de modèles de cahiers spéciaux des charges et tout autre document nécessaire à la bonne gestion des marchés publics.

Le Bureau pourrait également assumer un rôle de défense des intérêts des PME auprès des entités publiques, comme par exemple encourager les pouvoirs adjudicateurs à fournir gratuitement tous les documents de marchés, les enjoindre à payer les entreprises dans les délais prévus ainsi qu'à honorer les intérêts de retard, etc.

Il nous paraît essentiel que le coaching s'appuie sur le dialogue et la démarche participative avec les pouvoirs adjudicateurs, et s'inscrive dans la dynamique « bottom up » en privilégiant la formation des pouvoirs adjudicateurs locaux.

Section 2. Plate-forme PME

Du côté des PME, la mission du Bureau relèverait de trois dimensions : recenser les offres de marchés publics intéressantes pour les PME, les soutenir juridiquement et administrativement parlant, et créer une plate-forme pour le regroupement des PME en sociétés momentanées.

§1. Recenser les offres

Tout d’abord, dans son rôle d’intermédiaire entre entités adjudicatrices et entreprises, le Bureau organiserait un « recensement » des offres de marchés publics émises sur le plan européen et national.

Ce recensement pourrait s’effectuer via un portail informatique accessible aux PME affiliées, à l’instar de ce qui existe déjà dans le monde de la commande publique³⁰⁸. Les offres pourraient être classées selon des critères tels que la zone géographique, l’activité ou encore le montant. La recherche des offres de marché pourrait également se réaliser via le croisement de ces critères.

§2. Alléger de la charge administrative et soutenir juridiquement les PME

L’idée rejoint quelque peu celle du partenariat entre les entreprises et les secrétariats sociaux. Le Bureau se chargerait de récolter pour toute entreprise les documents classiques nécessaires pour qu’une offre soumise ne soit pas entachée d’une irrégularité.

Il pourrait offrir différents services aux PME en fonction de leur degré d’autonomie et leur capacité à répondre à un marché public.

Par exemple, on pourrait envisager une fonction de parrainage au travers d’une personne qui accompagnerait et conseillerait la PME qui souhaite soumettre une offre de marchés public pour la première fois.

Le Bureau faciliterait la constitution des dossiers administratifs réclamés aux PME lorsqu’elles s’investissent dans un marché. Il assurerait également la mise à disposition de tout document utile à la bonne gestion et exécution du contrat.

³⁰⁸ Voyez par exemple le portail des marchés publics en Région wallonne et en Fédération Wallonie-Bruxelles : <http://marchespublics.cfwb.be/fr/index.html>

§3. Regrouper les PME en association momentanée

Le regroupement d'opérateurs économiques est autorisé dans les réglementations marchés publics tant européennes que belges et constitue un atout dans le chef des PME qui veulent concurrencer les grandes entreprises.

La mission du Bureau reviendrait à stimuler ce genre de regroupement. Il pourrait rendre les PME plus conscientes des opportunités économiques pour accéder aux marchés publics, en organisant notamment des séances d'informations et des rencontres sectorielles et intersectorielles entre les entreprises intéressées.

Le Bureau pourrait également délivrer des contrats-modèles d'association et soutenir les PME dans leurs démarches administratives et juridiques.

Chapitre 2. Structure

Le Bureau devrait être constitué d'une structure permanente, qui serait au minimum le secrétariat, et d'un réseau d'experts pouvant intervenir dans leur domaine de technicité et de spécialité (juristes, économistes, ingénieurs, architectes...) afin d'assurer la pluridisciplinarité.

Cette structure devrait adopter une forme juridique lui permettant d'accomplir ses missions. La participation des PME pour les services exercés se ferait sous forme d'affiliation, moyennant le paiement d'une cotisation. Quant à la promotion des services rendus auprès des PME, elle devrait s'appuyer sur les organisations d'entreprises comme les fédérations professionnelles, les secteurs professionnels,...

Nous sommes conscients des limites auxquelles pourraient se heurter la mise en place d'une telle structure.

La difficulté majeure à laquelle elle serait confrontée réside dans le fait qu'elle entend remplir des objectifs qui relèvent tant du secteur public que du secteur privé.

Une entreprise privée n'aurait tout d'abord pas la légitimité de s'adresser comme tel aux pouvoirs adjudicateurs, et subventionner ce genre d'organisation pourrait être considéré comme une aide envers les PME, et devrait donc respecter les règles de droit de la concurrence relatives aux aides d'État³⁰⁹.

Une entreprise publique rencontrerait le même problème en raison de son rôle de soutien aux PME.

Cette structure devra sans nul doute prendre en considération les initiatives déjà existantes dans ce domaine afin de ne pas les concurrencer mais bien de s'intégrer dans le paysage institutionnel et associatif actuel. Elle apporterait des services complémentaires et/ou additionnels tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux PME, et tout particulièrement dans les secteurs d'activité qui ne connaissent pas de plate-forme similaire.

³⁰⁹ Ces règles figurent aux articles 107 à 109 du TFUE. Voyez également le Règlement (CE) n°70/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises, *J.O.*, L 01, du 13 janvier 2001 ; et le Guide des règles communautaires applicables aux aides d'État en faveur des PME, du 25 février 2009, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/sme_handbook_fr.pdf.

CONCLUSION

A l'heure où le mot d'ordre dans de nombreuses économies est la réduction des dépenses, la logique tend vers le déploiement de la commande publique en masse entraînant des économies d'échelle, et en principe, des meilleures conditions en termes de prix.

L'élan pour l'insertion de considérations sociales, éthiques et surtout environnementales contraint les entreprises à se calquer sur des modèles prédéfinis (labels) et engendre certains coûts dans la plupart des cas.

A côté de cela, restent les petites entreprises qui peinent à se faire une place sur le marché de l'achat public.

Les législateurs européens en ont pris conscience et ont élaboré une série de mesures pour faciliter l'accès et la participation des PME aux marchés publics tout en respectant voire améliorant la concurrence. On a notamment relevé la division de marchés en lots, le mécanisme du paiement direct dans la relation de sous-traitance, l'allégement de la charge et la simplification administrative par le biais de moyens électroniques et de déclarations sur l'honneur, l'utilisation de système d'acquisition dynamique et du catalogue électronique, ainsi que la formation des pouvoirs adjudicateurs. La division de marchés en lots apparaît comme la disposition phare pour atteindre ce résultat.

Cependant, d'autres aspects amènent la directive à se compromettre elle-même, comme par exemple l'encouragement du recours aux centrales d'achat. Si on veut suivre tous les objectifs visés par la directive 2014/24, la solution idéale consisterait probablement à diviser en lots les marchés passés par une centrale d'achat, ce qui reviendrait à complexifier considérablement la passation des marchés publics.

Le concept développé à l'issue de ce mémoire apporte une structure qui constitue un éperon à l'élaboration, la mise en place et l'implémentation des mesures de soutien et nous semble, si pas nécessaire, en tous les cas, opportun et bienvenu pour faciliter l'accès et la participation des PME de tous secteurs confondus aux marchés publics.

Les moyens repris la directive 2014/24 sont de bon augure pour les petites et moyennes entreprises, certes, mais encore faut-il les mettre en œuvre. Leur sort est désormais entre les mains des rédacteurs de la transposition.

Affaire à suivre...

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Législation de l'Union européenne

Traité sur l'Union européenne, version consolidée, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 13 et s.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 47 et s.

Règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises, *J.O.*, L 01, du 13 janvier 2001.

Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *J.O.U.E.*, L 199, du 9 août 1993, p. 1.

Directive 2004/17/CE, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, L 134, du 30 avril 2004, p. 1.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, fournitures et de services, *J.O.U.E.*, L 134, du 30 avril 2004.

Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution des contrats de concessions, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 1.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 65.

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.*, L 94, du 28 mars 2014, p. 243.

Législation nationale

AR du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p. 23286.

AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44862.

AR du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 11 février 2013, p. 6880.

AR du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8752.

AR du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de services postaux, *M.B.*, 27 juin 2013, p. 40775.

AR du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 21 février 2014, p. 13992.

Code civil, tel que modifié par la loi du 19 février 1990, parue au *M.B.* le 23 mars 1990, article 1798.

Loi du 16 décembre 1851 formant le titre XVIII nouveau du livre III du Code civil, *M.B.*, le 22 décembre 1851.

Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 6 avril 1991, p. 7244.

Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, p. 7355.

Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013, p. 48463.

Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 21 juin 2013, p. 39949.

Loi du 26 novembre 2014 modifiant la date d'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 1^{er} décembre 2014, p. 93115.

Législation étrangère

Loi française n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Code des marchés publics français, version consolidée au 22 mars 2015.

Documents parlementaires

Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2005-2006, DOC 51 2237/001.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, *C.O.M.* (2011) 896 final.

Proposition de loi visant à faciliter l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 1196/001. Disponible sur <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1196/54K1196001.pdf>.

Normes infra-législatives

Recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.*, L 124, du 20 mai 2003, p. 36.

Circulaire de M. le Premier Ministre concernant le libre choix des procédures de passation des marchés publics, du 25 juillet 1977, *M.B.*, 29 juillet 1977, p. 9707.

Circulaire du Premier Ministre sur les marchés publics, la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, du 10 février 1998, *M.B.*, 13 février 1998, p. 4216.

Circulaire ministérielle P&O/2012/e-Proc sur l'utilisation des applications e-Procurement par les services de l'Etat fédéral, du 30 novembre 2012, *M.B.*, 7 décembre 2012, p. 79180.

Circulaire ministérielle visant l'intégration du développement durable, en ce compris les clauses sociales et les mesures favorisant les petites et moyennes entreprises, dans le cadre des marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales, du 16 mai 2014, *M.B.*, 21 mai 2014, p. 40529.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne

C.J.C.E., 22 juin 1993, *Commission c. Danemark (Storebaelt)*, C-243/89, *Rec.*, p. I-3353.

C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique (bus wallons)*, C87-94, *Rec.*, p. I-2043.

C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal Srl c. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98.

C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S & 3-S c. Ministeret for Fodevarer, Langbrug og Fiskeri*, C-275/98, *European Court Reports*, 1999, p. I-08291.

C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH & Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, C-324/98, *European Court Reports*, 2000, p. I-10745.

C.J.C.E., C-448/01, du 4 décembre 2003, *Rec.*, p. I-14527.

C.J.C.E., 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99, *European Court Reports*, 2004, p. I-03801.

C.J.C.E., 11 janvier 2005, aff. C-26/03, *Rec.*, p. I-1.

C.J.C.E., C-287/07 et C-292/07 du 23 avril 2009.

C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Commission c. Irlande*, C-226/09, *Rec.*, p. I-11807.

Jurisprudence nationale

C.E., n° 54.046 du 28 juin 1995.

C.E., n° 188.262 du 27 novembre 2008.

C.E., n° 188.263, du 27 novembre 2008.

C.E., n° 211.791 du 3 mars 2011, *BVBA Reno-Materia c/ Commune d’Affligem*.

C.E., n° 226.850 du 20 mars 2014.

Liège, 13^e ch., 11 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 00/44.

Comm. Charleroi, 3e ch., 24 juillet 2003, *DA/OR*, 2004.

DOCTRINE

ARROWSMITH S., « The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies », in BARNARD C., GEHRING M. AND SOLANKE I. (Eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (Hart Publishing, Oxford, 2011 – 2012), vol. 14, pp. 1 – 48.

BADEN D., HARWOOD I., WOODWARD D., « The effects of procurement policies on ‘downstream’ corporate social responsibility activity: Content-analytic insights into the views and actions of SME owner-managers », *International Small Business Journal*, 2011, 29(3), pp. 259 – 277.

BABANDO J.-P., *La sous-traitance dans la construction. Marchés publics, marchés privés*, Paris, LexisNexis Litec, Paris, 2005.

BALON F., LOUVEAUX B. ET HENRY P., *La sous-traitance*, Bruxelles, Larcier, 2006.

BEN MESSAOUD S. ET VISEUR F., *Le droit des marchés publics, à l’aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014.

BERLAK J. AND WEBER V., « How to make e-Procurement viable for SME suppliers », *Production Planning & Control*, 2004, vol. 15, n° 7, pp. 671 – 677.

BOVIS C. H., « Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2012, vol. 4, pp. 221 – 227.

BRENET F., « L'exception de 'coopération' entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA*, 2014, n° 1, Paris, Dalloz, pp. 848 – 854.

CABUY Y., DEREAU G., DOR V., THIEL P. ET VASTMANS M., *Le nouveau droit des marchés publics, De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013.

CANTILLON G. ET SCHIESSER P., *L'achat public durable. Outils et méthodes pour réussir des achats publics respectueux du développement durable*, Le Moniteur, Paris, 2007.

COMBE E., « Les effets de la concurrence : ce que montrent les études empiriques », in *Compétitivité, concurrence et réciprocité* (sous la dir. de V. DE BEAUFORT), *Revue de l'Union européenne*, n° 575, Fév. 2014.

COSTA B. ET BRACK N., *Le fonctionnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2011.

DEREAU G., « Les marchés publics à lots dans les droits européens et belges », *A.P.T.*, 2009, pp. 301 et s.

DONY M., *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2010.

DONY M., *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. ULB, 2014.

DRAGOS D. AND CARANTA R., *Outside the EU procurement directives – Inside the treaty ?*, Djof Publishing, Copenhagen, 2012, ed. 1.

DURVIAUX A. L., « La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux », coll. T. DELVAUX et D. FISSE, Bruxelles, Larcier, 2013.

DURVIAUX A.L., *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Bruxelles, La Charte, 2014.

DURVIAUX A. L., « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence », in *Contrats publics* (sous la coord. de K. WAUTERS), Limal, Anthémis, 2014.

DURVIAUX A. L. ET THIRION N., *La réforme du droit des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

FLAMME P., FLAMME M.-A. ET DARDENNE C., *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009.

FLYNN A. AND DAVIS P., « The rhetoric and reality of SME-friendly procurement », *Public Money & Management*, 2015, 35:2, pp. 111 – 118.

KIDALOV M. AND SNIDER F., « US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME) : A Comparative Perspective », *Business and Politics*, De Gruyter, 2011, vol. 13.

LICHÈRE F., DRAGOS D. AND CARANTA R., *Modernising Public Procurement : The New Directive*, Djof Publishing, 2014, European Procurement Law Series, vol. 6.

MC KEVITT D. AND DAVIS P., « Microentreprises : how they interact with public procurement processes », *International Journal of Public Sector Management*, 2013, vol. 26, pp. 469 – 480.

NIHOUL P. ET BOMBOIS T., « Les nouvelles directives marchés publics », *Journal de droit européen*, 2015, vol. 2, pp. 42 – 51.

SANCHEZ GRAELLS A. AND HERRERA ANCHUSTEGUI I., « Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24 », *University of Leicester School of Law Research Paper*, No. 14-35.

SLAUTSKY E. ET BRAECKEVELT N., « Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives », *M.C.P. - O.o.O.*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 1, pp. 5 – 21.

THIEL P., *Mémento marchés publics et PPP 2014*, Waterloo, Kluwer, 2013.

THIEL P., *Mémento des marchés publics et PPP 2015*, Waterloo, Kluwer, 2014.

VAN CAILLIE D., PICHOT M., HOUBA E. ET SANTIN S., « La participation et l'accès des PME aux marchés publics : approche quantitative et qualitative », *Cahier de recherche de l'Ecole de gestion de l'Université de Liège*, 2008, Synthèse.

VAN DEN ABEELE E., « La réforme des directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics : une occasion manquée ? », *M.C.P. – O.O.O.*, 2013, vol. 1, pp. 19 – 45.

VAN KRUCHTEN I., « La passation », coll. *La commande publique. Tome 3*, Waterloo, Kluwer, 2014.

VANDEBURIE A., « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », in *Les contrats publics* (sous la coord. de K. WAUTERS), Limal, Anthémis, 2014, pp. 137 – 194.

VERCRUYSSSE E., « Marchés publics électroniques, les outils à disposition des pouvoirs locaux », *Mouv. comm.*, 2013, liv. 2, pp. 38 – 43.

WAYNE W., « Improving SME access to public procurement », *International Trade Forum*, 2000, 4, pp. 15 et s.

WÉRY P., *Précis de droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd.

WIGGEN J., « Directive 2014/24/EU : The New Provision on Co-operation in the Public Sector », *Public Procurement Law Review*, 2014, vol. 23, pp. 83 – 93.

PUBLICATIONS DES AUTORITÉS EUROPÉENNES ET BELGES, ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Commission européenne, « La nouvelle définition des PME. Guide de l'utilisateur et modèle de déclaration », *Offices des Publications*, 2006. Disponible sur http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_fr.pdf.

Document de travail de la Commission, *Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics*, publié le 25 juin 2008. Disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_fr.pdf.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Think Small First* » : *Priorité aux PME, Un « Small Business Act » pour l'Europe*, COM (2008) 394 final. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=FR>.

Guide des règles communautaires applicables aux aides d'état en faveur des PME, du 25 février 2009. Disponible sur http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/sme_handbook_fr.pdf.

Communication de la Commission européenne, *Europe 2020, Une stratégie pour une croissance intelligente, durable, inclusive*, COM (2010) 2020 final. Disponible sur <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20FR%20BARROSO%20-%20Europe%202020%20-%20FR%20version.pdf>.

Commission européenne, *Evaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'Union européenne*, DG Entreprise et Industrie, 2010. Disponible sur http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_fr.pdf.

European Commission, *Commission Staff Working Paper : Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1*, Brussels, 27 juin 2011, SEC(2011) 853 final. Disponible uniquement en anglais sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf.

According to Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard, OECD Publishing, Paris, 2012. Disponible sur http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/financing-smes-and-entrepreneurship_9789264166769-en.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie pour la passation électronique des marchés publics*, du 20 avril 2012, COM(2012) 179 final. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0179&from=FR>.

Communiqué de presse de la Commission européenne, *Des économies pour l'Europe : vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016*, IP/12/389. Disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-389_fr.htm?locale=fr.

European Commission, *Commission Staff Working Paper : Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, Bruxelles, 9 octobre 2012, SWD (2012) 342 final. Disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf.

SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, *Analyse des statistiques structurelles des entreprises*, publiée en 2012. Disponible sur http://statbel.fgov.be/fr/binaries/analyse_fr_tcm326-253652.pdf

E-Procurement Golden Book of Good Practice, DG MARKT, PwC, 11 mars 2013. Disponible sur http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/studies/docs/e-procurement-golden-book-of-good-practice_en.pdf.

European Commission, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, DG Internal Market and Services, Feb. 2014. Disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/smes-access-and-aggregation-of-demand_en.pdf.

European Commission, *User guide to the SME definition*, 6th of May 2015, Ref.Ares(2015), 1914862. Disponible sur http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_en.pdf.

SITES WEB

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf

<http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=fr>

http://www.fedweb.belgium.be/fr/services_en_ligne/online_digiflow.jsp#.Vb_tPvntmko

<http://www.simplification.be/livre/simplification/simplification>

<http://marchespublics.cfwb.be/fr/index.html>

<http://www.senat.fr/rap/r10-227/r10-22778.html>

AUTRES

Documents

Procès verbaux de la Commission Wallonne des Marchés Publics du 9 janvier 2015. Disponible sur <file:///C:/Users/Administrateur/Downloads/pv-definitif-pleniere-9.01.2015-v2.pdf>.

Propos de D. Coppi, à la page 5 du Journal Le Soir du mercredi 22 juillet 2015.

Réponse de la Chancellerie du Premier Ministre. Disponible sur https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_Belgium.pdf.

Note rédigée par Mr. T. CAMBIER. Disponible sur <http://newsletter.cms-db.info/article.asp?nid=12479ddde207e0bcfc2c19b8ca87c926&did=8&aid=3944>.

« Plan pour une concurrence loyale, 40 mesures concrètes pour la construction » du 8 juillet 2015. Notamment disponible sur http://borsus.belgium.be/sites/default/files/articles/Plan%20concurrence%20Construction_1.pdf.

Conférences et colloques

Participation au Colloque sur les achats publics durables du 18 novembre 2014, à Namur (Parlement Wallon) organisé par le Service Public de Wallonie.

Participation à la Conférence « Visions de ministres. Vos ministres vous parlent de leurs marchés publics » du 2 décembre 2014, à Louvain-la-Neuve (Aula Magna), organisé par EBP.

ANNEXES

Annexe I. Petites et Moyennes Entreprises en chiffres	84
Annexe II. PME en Belgique en 2012.....	87
Annexe III. Agréation	89
Figure 1. Catégories et sous-catégories.....	89
Figure 2. Classes	91
Annexe IV. Interaction déclaration sur l'honneur implicite et DUME dans les différentes procédures	92
Annexe V. Délais	93

Annexe I. Petites et Moyennes Entreprises en chiffres

Source :

According to Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard, OECD Publishing, Paris, 2012

http://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/financing-smes-and-entrepreneurship_9789264166769-en

Page 76 – France

France

SME lending

There are roughly 2.5 million SMEs in France. They account for 99.8% of all enterprises and employ 60.5% of the labour force. Both total business loans and SME loans increased over the period 2007-10. This includes both drawn (utilised) and undrawn (not utilised) loans. However, the year-on-year growth rates declined during the recession. The share of SME loans in total business loans stood at 26.2%, the same level as in 2010. The share of SME drawn short-term loans in total SME drawn loans decreased from 21.7% (2007) to 17.7% (2010).

Table 4.23. **Distribution of enterprises in France, 2007**

By size of enterprise

Enterprise size (employees)	Number	%
All enterprises	2 566 290	100.0
SMEs (1-249)	2 561 180	99.8
<i>Micro (1-9)</i>	2 386 241	93.0
<i>Small (10-49)</i>	151 826	5.9
<i>Medium (50-249)</i>	23 113	0.9
Large (250+)	5 110	0.2

Note: Data include total industry and market services including NACE Categories D, E, F, G, H, I and K. Non-employer enterprises are not included.

Source: OECD Structural and Demographic Business Statistic Database.

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888932579778>

Italy

SME lending

SMEs comprise 99.9% of enterprises in Italy and account for 80% of the industrial and service labour force. The sector has a relatively small-scale structure: the share of micro-enterprises is higher than the EU average, while the percentage of small and medium-sized firms is below average (Eurostat, 2011). Data collected from the debt side were mainly available for most of the firms with less than 20 employees, which represent nearly the entire universe.

Table 4.32. **Distribution of firms in Italy, 2009**

By size of firm

Firm size (employees)	Total active enterprises		Of which: according to the SBS Regulation (No. 295/2008) ¹	
	Number	%	Number	%
All firms	4 470 748	100.0	3 860 241	100.0
SMEs (up to 249)	4 467 058	99.9	3 857 033	99.9
<i>Micro (up to 9)</i>	4 284 400	95.8	3 687 395	95.5
<i>Small (10-49)</i>	160 993	3.6	150 280	3.9
<i>Medium (50-249)</i>	21 665	0.5	19 358	0.5
Large (250+)	3 690	0.1	3 208	0.1

1. Data include all market activities in Sections B, C, D, E, F, G, H, I, J, L, M, N of the common statistical classification of economic activities in the European Community as established by Regulation (EC) No 1893/2006 (Nace Rev. 2). Data include firms with and without employees.

Source: Istat, Statistical Business Register.

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888932579892>

Portugal

SME lending

In 2008, SMEs comprised 99.7% of enterprises in Portugal and employed 72.5% of the business sector labour force. Portugal complies with the EU definition for SMEs. The vast majority of enterprises are SMEs, 86% are micro-enterprises, 12% are small and 2% are medium-sized. The share of SME loans in total business loans was nearly 78% during the years 2007-10. The proportion of SME short-term loans in total SME loans ranged between 31%-33%, indicating that SME loans were mainly used to finance investment. In 2010, the global stock of business loans decreased by around EUR 2.3 billion. 83%, or EUR 1.9 billion, was related to SME loans. The share of government guaranteed loans in total SME loans grew significantly from 1% in 2007 to 7% in 2011, demonstrating the sustained public efforts to maintain SME access to finance.

Table 4.47. **Distribution of enterprises in Portugal, 2008**

By size of enterprise

Enterprise size (employees)	Number	%
All enterprises	350 871	100.0
SMEs (2-249)	349 756	99.7
<i>Micro (2-9)</i>	300 228	85.6
<i>Small (10-49)</i>	42 960	12.2
<i>Medium (50-249)</i>	6 568	1.9
Large (250+)	1 115	0.3

Note: Companies with up to one employee were excluded (there were 431 092 companies with up to one employee). Includes the non-financial business economy (NACE Ver 2, B to J, L to N and 95).

Source: Statistics Portugal, IP.

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888932580101>

Annexe II. PME en Belgique en 2012

Source :

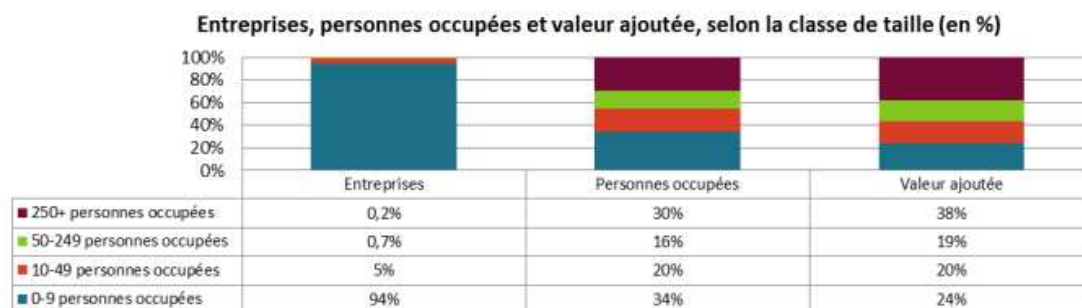
SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie, *Analyse des statistiques structurelles des entreprises*, publiée en 2012, disponible sur http://statbel.fgov.be/fr/binaries/analyse_fr_tcm326-253652.pdf, pp. 7 – 8.

Analyse selon la classe de taille

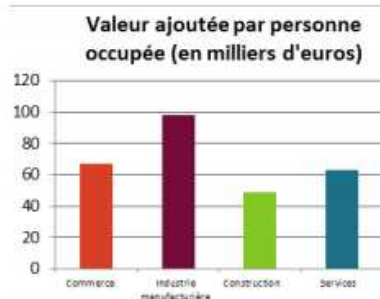
Une ventilation des statistiques structurelles sur les entreprises selon la classe de taille est également disponible. Pour les statistiques structurelles sur les entreprises, ces classes sont définies selon le nombre de personnes occupées. Les PME (petites et moyennes entreprises) sont des entreprises comptant moins de 250 personnes occupées. Les classes de taille utilisées dans cette publication sont les suivantes :

- petites et moyennes entreprises (PME) : 1-249 personnes occupées. Elles sont subdivisées en :
 - o micro-entreprises : moins de 10 personnes occupées
 - o petites entreprises : 10-49 personnes occupées
 - o moyennes entreprises : 50-249 personnes occupées
- grandes entreprises : 250 personnes occupées ou plus.

En 2012, l'économie marchande non financière comptait 566.006 entreprises ainsi que 2.718.355 personnes occupées et a généré 189 milliards de valeur ajoutée en Belgique. Ces valeurs sont toutefois réparties de manière inégale entre les classes de taille. Le graphique ci-dessous présente la part des entreprises, de la valeur ajoutée et de l'emploi par classe de taille.



La grande majorité des entreprises (94%) actives dans l'économie marchande non financière sont des micro-entreprises. Seulement 0,2 % des entreprises comptent 250 personnes occupées ou plus. Logiquement, la part des micro-entreprises dans le nombre de personnes occupées est nettement plus faible (34%) et celle des grandes entreprises nettement plus élevée (30%) que leur part respective dans la population des entreprises. Les PME (entreprises comptant moins de 250 personnes occupées) apportent une contribution importante à l'emploi: environ deux personnes occupées sur trois (70 %) travaillent dans une PME.



La part des grandes et moyennes entreprises dans la valeur ajoutée est supérieure à leur part dans l'emploi. La situation inverse prévaut pour les petites et les micro-entreprises.

La valeur ajoutée par personne occupée s'élève à 88.000 euros dans les grandes entreprises (250 personnes occupées ou plus), soit nettement plus que le montant observé dans les micro-entreprises (entre 0-9 personnes occupées), à savoir 49.000 euros. Les grandes entreprises génèrent donc plus de valeur ajoutée par personne que les petites. Des effets d'échelle jouent ici un rôle, tout comme la répartition des grandes entreprises entre les secteurs économiques : la part des grandes entreprises est la plus élevée dans le secteur industriel, qui présente la plus forte valeur ajoutée par salarié.

Annexe III. Agréation

Source :

http://economie.fgov.be/fr/binaries/R%C3%A9partitionAE_tcm326-62604.pdf

Figure 1. Catégories et sous-catégories

Catégories		
CATEGORIES D'ENTREPRISES GENERALES		SOUS-CATEGORIES
A. Entreprises de dragage	A1	Renflouage de bateaux et enlèvement d'épaves
B. Entreprises de travaux hydrauliques	B1	Curage de cours d'eau
C. Entreprises générales de travaux routiers	C1	Travaux d'égouts courants
	C2	Distribution d'eau et pose de canalisations diverses
	C3	Signalisation non-électrique des voies de communication, dispositifs de sécurité, clôtures et écrans de tout type, non électriques
	C5	Revêtements hydrocarbonés et enduisages
	C6	Pose en tranchées de câbles électriques et de télécommunication, sans connexion
	C7	Fonçages horizontaux de tuyaux pour câbles et canalisations
D. Entreprises générales de bâtiments	D1	Tous travaux de gros œuvre et de mise sous toit de bâtiments
	D4	Isolation acoustique ou thermique, faux plafonds et faux planchers préfabriqués ou non
	D5	Menuiserie générale, charpente et escaliers en bois
	D6	Marbrerie et taille de pierres
	D7	Ferronnerie
	D8	Couvertures de toit asphaltiques ou similaires, travaux d'étanchéité
	D10	Carrelage
	D11	Plafonnage, crépissage
	D12	Couvertures non-métalliques et non-asphaltiques
	D13	Peinture
	D14	Vitrierie
	D15	Parquetage
	D16	Installations sanitaires et installations de chauffage au gaz par appareils individuels
	D17	Chauffage central, installations thermiques
	D18	Ventilation, chauffage à air chaud et conditionnement d'air
	D20	Menuiserie métallique
	D21	Ravalement et remise en état de façades
	D22	Couvertures métalliques de toiture et zingage
	D23	Restauration par des artisans
	D24	Restauration de monuments
	D25	Revêtements de mur et de sols autres que la marbrerie, le parquetage et les carrelages
	D29	Chapes de sols et revêtements de sols industriels

CATEGORIES D'ENTREPRISES GENERALES		SOUS-CATEGORIES
E. Entreprises de génie civil	E1	Egouts collecteurs
	E2	Fondations profondes sur pieux, rideaux de palplanches, murs emboués
	E4	Fonçages horizontaux d'éléments constitutifs d'ouvrages d'art
F. Entreprises de constructions métalliques	F1	Travaux de montage et démontage (sans fournitures)
	F2	Construction de charpentes métalliques
	F3	Peinture industrielle
G. Entreprises de terrassements	G1	Travaux de forage, de sondage et d'injection
	G2	Travaux de drainage
	G3	Plantations
	G4	Revêtements spéciaux pour terrains de sport
	G5	Travaux de démolition
H. Entreprises de voies ferrées	H1	Travaux de soudure de rails
	H2	Pose de caténaires
K. Entreprises d'équipements mécaniques	K1	Equipements d'ouvrages d'art et mécanique industrielle
	K2	Installations d'engins de manutention et de levage (grues, ponts roulants,...)
	K3	Equipements oléomécaniques
L. Entreprises d'installations d'équipements hydromécaniques	L1	Installations de tuyauterie
	L2	Equipement de stations de pompage ou de turbinage
M. Entreprises d'équipements électroniques	M1	Equipements électroniques à fréquence industrielle ou élevée, y compris équipements des stations d'alimentation
N. Entreprises d'installation de transport dans les bâtiments	N1	Ascenseurs, monte-charges, escaliers et trottoirs roulants
	N2	Transports par gaines ou tubes d'objets, de document ou de marchandises (pneumatique, mécanique, ...)
Installations électriques (l'agrégation dans cette catégorie n'existant pas, seule une agrégation dans les sous-catégories est possible)	P1	Installations électriques des bâtiments, y compris installations de groupes électrogènes, équipements de détection d'incendie et de vol, télétransmission dans les bâtiments et leur périphérie et installations ou équipements de téléphonie mixte
	P2	Installations électriques et électromécaniques d'ouvrages d'art ou industriels, et installations électriques extérieures
	P3	Installations de lignes aériennes de transport électrique
	P4	Installations électriques d'ouvrages portuaires
S. Entreprises d'installation d'équipements de télétransmission et de gestion de données	S1	Equipements de téléphonie et de télégraphie
	S2	Equipements de télécommande, télé-contrôle et télémesure
	S3	Equipements de transmission radio et de télévision, radar et antennes
	S4	Equipement d'informatique et de régulation de processus

CATEGORIES D'ENTREPRISES GENERALES		SOUS-CATEGORIES
Installations spéciales (l'agrégation dans cette catégorie n'existant pas, seule une agrégation dans les sous-catégories est possible)	T2	Paratonnerres, antennes de réception
	T3	Equipements frigorifiques
	T4	Equipements de buanderie et de grandes cuisines
	T6	Equipements d'abattoirs
U. Installations pour le traitement des immondices		
V. Installations d'épuration d'eau		

Figure 2. Classes

Classes	
Classe	Montant
1	Jusqu'à 135.000 EUR
2	Jusqu'à 275.000 EUR
3	Jusqu'à 500.000 EUR
4	Jusqu'à 900.000 EUR
5	Jusqu'à 1.810.000 EUR
6	Jusqu'à 3.225.000 EUR
7	Jusqu'à 5.330.000 EUR
8	Plus de 5.330.000 EUR

Annexe IV. Interaction déclaration sur l'honneur implicite et DUME dans les différentes procédures

Source :

http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_Belgium.pdf

Le DUME devra obligatoirement être utilisé au-dessus des seuils européens.

En-dessous de ces seuils, l'avant-projet de loi envisage de concilier le DUME et la déclaration implicite sur l'honneur belge de la manière suivante:

Moyens de preuve provisoires sous les seuils UE			
	DUME = déclaration formalisée et explicite	Déclaration implicite sur l'honneur = accès le plus déformalisé possible pour les OE	Documents
Procédure ouverte	peut être imposé par PA ; ** peut être utilisé par OE	s'applique d'office, sauf si le DUME est imposé ou si l'OE soumet un DUME	= la règle (*) pour ce qui n'est pas couvert par la DIH, sauf si le DUME est imposé ou si l'OE soumet DUME
Procédure négociée directe avec publication préalable			
Procédure restreinte	peut être utilisé par OE	PA peut l'utiliser	= la règle, sauf si OE utilise le DUME ou si le PA utilise la DIH
Procédure concurrentielle avec négociation			
Négociée sans publication préalable			
Dialogue compétitif			
Partenariat d'innovation			

* sauf si PA élargit l'application de la DIH aux éléments non couverts par Télémarché ou pour d'autres procédures (DIH = d'office d'application dans un certain nombre de procédures mais partiellement → ne concerne que certains motifs d'exclusion facultatif)

** Lien avec art 64, § 2 : pour pouvoir profiter de la faculté offerte par cette disposition, le PA doit imposer l'utilisation du DUME

Abréviations :

PA : pouvoir adjudicateur ;

OE : opérateur économique ;

DUME : document unique de marché européen ;

DIH : déclaration implicite sur l'honneur

Annexe V. Délais

Source :

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_Belgium.pdf

	Procédures ouvertes ⁴	Procédures restreintes ⁵ Procédure concurrentielle avec négociations		Dialogue compétitif Partenariat d'innovation
	Offres	Demandes de participations	offres	Demandes de participations
Délais ordinaires	35 jours	30 jours	30 jours	30 jours
Délais en cas d'avis de préinformation⁶	15 jours		10 jours	
Urgence	15 jours	15 jours	10 jours	
Moyens électroniques			- 5 jours	

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

