

Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Droit d'accès : marchés publics (secteur classique)

1. L'ACCÈS AU MARCHÉ : EXCLUSION

« OBLIGATOIRE » ET EXCLUSION « FACULTATIVE »

L'arrêté exécute l'article 20 de la loi en ce qu'il détermine des causes « d'exclusions obligatoires »⁽¹⁾, valables pour toutes les procédures, comme par le passé⁽²⁾. Il peut néanmoins y être dérogé pour des exigences impératives d'intérêt général.

Il prévoit également comme par le passé⁽³⁾ des causes d'exclusions facultatives⁽⁴⁾, sans préjudice de la législation en matière d'agrément, la terminologie ayant été adaptée pour la réorganisation judiciaire⁽⁵⁾. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus d'appliquer toutes les causes d'exclusion facultative⁽⁶⁾. Tout en étant « facultatives », les pouvoirs adjudicateurs ne pourront, pour des raisons évidentes, ne se lier à une entreprise dans une situation d'exclusion que de manière tout à fait exceptionnelle⁽⁷⁾, en invoquant des raisons précises comme la détention d'un monopole.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁸⁾, le droit européen dérivé applicable⁽⁹⁾ doit être interprété en ce sens qu'il énumère, de manière exhaustive, les causes fondées sur des considérations objectives de qualité professionnelle, susceptibles de justifier l'exclusion d'un entrepreneur de la participation à un marché public de travaux. Toutefois, cette directive ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre prévoie d'autres mesures d'exclusion visant à garantir le respect des principes d'égalité

de traitement des soumissionnaires et de transparence, pourvu que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Mais le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, instaure une *présomption irréfragable d'incompatibilité* entre la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise exerçant une activité dans le secteur des médias d'information et celle de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui se voit confier par l'État ou une personne morale du secteur public au sens large l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services⁽¹⁰⁾.

2. LA DÉCLARATION SOUS SERMENT ET LA DÉCLARATION SOLENNELLE

Si les dispositions en matière de preuves pour les nationaux⁽¹¹⁾ sont identiques à celles prévues par l'arrêté du 8 janvier 1996, celles relatives aux moyens de preuves alternatifs lorsque les documents et certificats ne sont pas délivrés dans le pays concerné évoluent en ce qu'elles fixent un ordre de priorité : d'abord la déclaration sous serment, ensuite la déclaration solennelle dans le seul cas où un tel serment n'existe pas dans le pays concerné. La déclaration sous serment renvoie à un système spécifique qui existe dans plusieurs pays et par lequel

(1) Articles 61, § 1^{er} de l'arrêté du 15 juillet 2011.

(2) Articles 17, 43 et 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(3) Articles 17, § 2, 43, § 2 et 69, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(4) Article 61, § 2 de l'arrêté.

(5) Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

(6) Rapport au Roi.

(7) Rapport au Roi.

(8) C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07.

(9) L'article 24, premier alinéa, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997.

(10) C.J.C.E., aff. C-213/07, précitée, point 63.

(11) Article 63, § 1^{er}, 1^{er} de l'arrêté.

MOTS CLÉS • KERNEBEGRIFFEN
ANN LAWRENCE DURVIAUX

une autorité compétente confère une force probante à certaines déclarations. Ainsi, en Grande-Bretagne, la déclaration relative aux dettes sociales se fait devant un « commissioner of oath »⁽¹²⁾. La déclaration solennelle doit être faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance⁽¹³⁾.

3. LA DÉCLARATION SUR L'HONNEUR

Dans le cadre de la simplification administrative⁽¹⁴⁾, 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 par l'arrêté (système de déclaration explicite). Les documents du marché peuvent prévoir que par le seul fait de leur participation, les candidats ou les soumissionnaires formulent une telle déclaration (système de déclaration implicite).

Toutefois, la simplification administrative est minime puisque la déclaration sur l'honneur ne peut être assimilée à un moyen de preuve⁽¹⁵⁾. Le pouvoir adjudicateur devra partant vérifier l'exactitude de la déclaration sur l'honneur pour les candidats entrant en considération pour la sélection, avant de prendre la décision de sélection et, pour le soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision d'attribution⁽¹⁶⁾. S'il a accès gratuitement par des moyens électroniques, le pouvoir adjudicateur pourra procéder lui-même aux vérifications⁽¹⁷⁾.

4. LES OBLIGATIONS

EN MATIÈRES SOCIALE ET FISCALE

Comme par le passé⁽¹⁸⁾, le candidat ou soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre, une attestation de l'Office national de sécurité

sociale⁽¹⁹⁾ dont il résulte qu'il est en règle en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale⁽²⁰⁾, selon des modalités différentes s'il emploie du personnel assujéti à la sécurité sociale belge ou à une législation applicable dans un autre État membre (application de la loi du pays d'établissement). Élément de simplification, l'attestation porte sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas, quelle que soit la date à laquelle elle est établie⁽²¹⁾. Est considéré en règle par rapport à cette obligation, le candidat ou soumissionnaire qui d'une part, a transmis à l'Office national de sécurité sociale toutes les déclarations requises jusque et y compris celles relatives au trimestre civil visé ci-dessus, et d'autre part, n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros⁽²²⁾, ou a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement. Toutefois, si la dette en cotisations est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélectionner les candidats ou d'attribuer le marché, selon le cas, qu'il possède, à la fin du trimestre civil pertinent, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique au sens de la loi du 15 juin 2006, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations. Il devra à cet égard produire un document émanant du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique⁽²³⁾.

La production des attestations n'est pas requise lorsque le montant estimé du marché n'excède pas 30.000 euros. Le pouvoir adjudicateur s'enquiert dans ce cas de la situation du candidat ou du soumissionnaire afin de vérifier s'il est en règle par rapport aux obligations prévues au présent article⁽²⁴⁾.

(12) Rapport au Roi.

(13) Article 61, § 3 de l'arrêté.

(14) Article 61, § 4 de l'arrêté.

(15) Rapport au Roi.

(16) Article 61, § 4, alinéa 2 de l'arrêté.

(17) Article 60, § 1^{er} de l'arrêté. Pour les moyens de preuve et les autorités nationales compétentes dans les différents États membres, la Commission européenne a mis à disposition les informations utiles sur le site http://ec.europa/internal_market/publicprocurement/2008_18/index_fr.htm (Rapport au Roi).

(18) Articles 17bis, 43bis et 69bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(19) La référence à la sécurité d'existence est supprimée car ne concernant qu'un nombre restreint de travailleurs et faisant l'objet d'une vérification lors de l'octroi de l'agrément (Rapport au Roi).

(20) Article 62 de l'arrêté.

(21) Rapport au Roi.

(22) Au lieu de 2.500 EUR dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(23) Rapport au Roi.

(24) Article 62, § 4 de l'arrêté.

Le pouvoir adjudicateur peut⁽²⁵⁾, c'est une nouveauté consacrant une pratique bien établie, s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujéti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale. Comme par le passé⁽²⁶⁾, la production des attestations prévues ci-dessus lors du dépôt de l'offre n'est pas requise si elles avaient déjà été jointes à la demande de participation, pour autant qu'elles concernent la même période⁽²⁷⁾.

Les principes du système ont été étendus aux obligations en matière fiscale⁽²⁸⁾. Il s'agit d'une nouveauté. Le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation dont il résulte qu'il est en règle par rapport à ses obligations fiscales professionnelles selon les dispositions légales du pays où il est établi. Elle porte sur la dernière période fiscale écoulée avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas⁽²⁹⁾. Ces obligations sont susceptibles de viser la TVA, l'IPP ou ISOC mais également les taxes locales et régionales liées à la profession comme la taxe sur la force motrice, sur les ordinateurs, sur les bureaux, le mobilier urbain. Sont exclues les dettes fiscales non professionnelles, comme les droits de succession, de donation, la redevance TV⁽³⁰⁾. Une dette non supérieure à 3.000 EUR ne posera pas problème, pas plus qu'une dette supérieure pour autant que des délais de paiement aient été accordés et soient respectés strictement ou que le candidat ou le soumissionnaire possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique au sens de la loi du 15 juin 2006, des créances cer-

taines, liquides et exigibles équivalant au montant de son retard de paiement⁽³¹⁾.

5. L'INTERDICTION D'ACCÈS

Comme par le passé⁽³²⁾, le candidat ou le soumissionnaire se voit refuser l'accès à la procédure de passation d'un marché lorsqu'il a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché s'il retire de ces prestations un avantage qui empêche ou qui fausse les conditions normales de concurrence⁽³³⁾. Toutefois, avant de rejeter la demande de participation ou l'offre pour ce motif, un débat contradictoire est instauré⁽³⁴⁾, avec la possibilité d'adresser des justifications en principe dans les 12 jours, la preuve de l'envoi incombant au candidat ou soumissionnaire. Sont également visées, les entreprises liées à ces derniers⁽³⁵⁾. L'exception prévue antérieurement pour les marchés conception-réalisation⁽³⁶⁾ a été supprimée parce qu'elle n'avait pas beaucoup de sens⁽³⁷⁾. L'exception prévue pour les marchés passés par procédure négociée sans publicité ne figure plus dans cette disposition et est prévue ailleurs⁽³⁸⁾.

6. FORME JURIDIQUE

Les candidats ou les soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre de l'Union européenne dans lequel ils sont établis, sont habilités à exécuter le marché concerné, ne peuvent être exclus de l'accès à la procédure de passation au seul motif qu'ils devraient être soit une personne physique, soit une personne morale en vertu de la loi belge⁽³⁹⁾. La précision est nouvelle mais conforme à une jurisprudence de la Cour de justice bien établie ; elle est prévue à l'article 4.1, alinéa 1^{er} de la directive 2004/18/CE⁽⁴⁰⁾.

(25) Article 62, § 5 de l'arrêté.

(26) Article 90, § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(27) Article 62, § 5 de l'arrêté.

(28) Article 63 de l'arrêté.

(29) Article 63, alinéa 1^{er} de l'arrêté.

(30) Rapport au Roi.

(31) Article 63, alinéas 2 et 3 de l'arrêté.

(32) Article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(33) Article 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'arrêté.

(34) Article 64, § 1^{er}, alinéa 2 de l'arrêté.

(35) Article 64, § 2 de l'arrêté.

(36) Article 78, § 3, 1^o de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(37) Rapport au Roi.

(38) Article 106, alinéa 1^{er} de l'arrêté.

(39) Article 65 de l'arrêté.

(40) Rapport au Roi.

