

Public Hearing
of the
Committee on the Internal Market and Consumer Protection
*Modernising EU Public Procurement rules -
at the service of sustainable growth in lean times*

Tuesday 20 March 2012 from 15.00 to 17.30

European Parliament, Brussels

Room: PHS 4B001

**Observations sur l'article 84 de la Proposition de
DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL
sur la passation des marchés publics
COM(2011) 896 final
2011/0438 (COD)**

par

David DE ROY

Conseiller d'Etat (Conseil d'Etat de Belgique¹)

Collaborateur scientifique à l'Université catholique de Louvain

1. Utilité d'un contrôle de l'application des règles relatives à la passation et l'exécution des marchés publics et de l'institution d'une autorité nationale de contrôle (ou "organe de contrôle")

Il est généralement admis qu'un contrôle de l'application des règles relatives à la passation et à l'exécution des marchés publics favorise le respect de ces règles. D'une part, la crainte des sanctions auxquelles l'exercice de ces contrôles peut donner lieu incite les acteurs concernés à une correcte application des règles. D'autre part, la publicité à laquelle sont soumis les résultats de ces contrôles² permet d'attirer l'attention sur des difficultés plus générales et récurrentes que révèle éventuellement la mise en œuvre de certaines règles : les contrôles permettent ainsi de procéder à une évaluation législative des cadres normatifs concernés.

Au regard de l'importance que revêt ainsi l'organisation d'un contrôle efficace, l'institution d'une autorité nationale de contrôle se conçoit aisément, à première vue. Son caractère unique

¹ Les considérations émises dans le présent document le sont à titre strictement personnel et n'engagent nullement les institutions au sein desquelles l'auteur exerce ses fonctions ou avec lesquelles il collabore.

² Publicité de la jurisprudence, de rapports d'audit, ...

offre sans doute des garanties pour « avoir une vue d'ensemble des principales difficultés de mise en œuvre, du suivi et du contrôle de ces règles », ainsi que les auteurs de la proposition de directive en expriment la préoccupation.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, dans les différents Etats-membres de l'Union européenne, des mécanismes de contrôle fonctionnent déjà; des autorités sont habilitées à exercer ces contrôles et les exercent suivant des modalités spécifiques. Il convient donc de s'interroger sur l'articulation entre les rôles et modalités d'action respectifs de l'autorité nationale de contrôle et des autres acteurs du contrôle de la légalité des marchés publics (cf. *infra*, point 3).

Par ailleurs, il y a lieu de se demander si, quelle que soit son utilité, un contrôle organisé conformément aux dispositions de l'article 84 de la proposition de directive ne risque pas de produire des effets disproportionnés, en alourdissant considérablement l'action des pouvoirs adjudicateurs (cf. *infra*, point 4).

Avant de formuler les observations qu'appelle l'article 84 de la proposition de directive, au regard de ces deux questions, on proposera, à titre d'exemple, un bref aperçu des formes de contrôle qui existent actuellement en Belgique (cf. *infra*, point 2).

2. Aperçu de quelques formes de contrôle du respect des règles relatives à la passation et l'exécution des marchés publics en Belgique

Une typologie des contrôles exercés sur la passation et l'exécution des marchés publics peut conduire à les distinguer selon l'autorité qui les exerce : ainsi peut-on notamment identifier contrôles administratifs et juridictionnels, dont il est question ci-dessous, respectivement exercés par des autorités administratives et juridictionnelles. D'autres institutions sont investies de missions de contrôle, sans pouvoir être facilement caractérisées au regard de ce critère de distinction. Ainsi en est-il notamment de la Cour des comptes, qui n'est pas une autorité administrative³, ni politique, mais dont le contrôle permet aux membres des assemblées législatives d'exercer leur contrôle politique sur les gouvernements concernés.

S'agissant des contrôles administratifs, on mentionnera, à titre d'exemple :

- Les contrôles de tutelle exercés par l'administration centrale sur les collectivités territoriales (« autorités locales ») ou sur les organismes de droit public.
- Le contrôle administratif et budgétaire : ensemble de formalités de contrôle qui ponctuent les procédures d'exécution du budget ; elles sont souvent préalables à l'adoption des décisions d'attribution de marchés publics ou à l'exécution des paiements dus par le pouvoir adjudicateur.

S'agissant des contrôles juridictionnels, on distinguera essentiellement, selon que le contrôle porte sur la passation ou l'exécution des marchés :

³ La Cour des comptes fonctionne comme organe collatéral des assemblées législatives des entités fédérale (l'Etat) et fédérées (les Communautés et les Régions).

- Les décisions d'attribution de marchés publics peuvent faire l'objet de recours devant le Conseil d'Etat (lorsque le pouvoir adjudicateur est une « autorité administrative »⁴) ou le juge judiciaire (lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas une autorité administrative au sens précité).
- Le contrôle des décisions relatives à l'exécution des marchés publics relève de la compétence du juge judiciaire.

On relèvera que le contrôle du respect de la législation relative aux marchés publics peut être exercé incidemment, par le juge pénal, lorsque des faits survenus à l'occasion de l'attribution ou de l'exécution d'un marché donnent lieu à des poursuites répressives.

De manière générale, on observera que, si nombreux et diversifiés soient-ils, ces contrôles sont diffus⁵ et ne couvrent pas nécessairement l'ensemble des pratiques en matière de marchés publics : ceci s'explique essentiellement par les limites des rôles respectifs des différents acteurs et les modalités d'action de ceux-ci. Ainsi, le juge ne contrôle-t-il la légalité des décisions d'attribution qu'à l'égard des seuls marchés pour lesquels un recours est introduit, et dans les limites de sa saisine⁶. De même, la Cour des comptes n'exerce-t-elle de contrôle de légalité que dans le cadre des objectifs de contrôle qu'elle définit⁷ et qu'à l'égard des seuls marchés dont les pouvoirs adjudicateurs relèvent de son domaine de compétence. Il suit de ces considérations que l'institution d'une autorité nationale spécialement dédiée au contrôle des marchés publics peut revêtir une certaine utilité, à tout le moins au regard d'un dispositif de contrôle systématique, qui compléterait et apporterait une plus-value aux mécanismes de contrôle qui fonctionnent déjà actuellement.

*
* *

En marge de ce très bref aperçu des formes de contrôle de la légalité des marchés publics, on relèvera que des institutions ont été créées pour exercer des fonctions consultatives à propos de questions que suscite la mise en œuvre de la législation relative aux marchés publics, et jouent ainsi un rôle se rapprochant de certaines des missions qui pourraient être confiées à l'autorité nationale de contrôle⁸. Il s'agit notamment de la Commission (fédérale) des marchés publics⁹ ou de la Commission wallonne des marchés publics¹⁰.

3. Articulation des rôles et modalités d'action respectifs de l'autorité nationale de contrôle et des autres acteurs du contrôle de la légalité des marchés publics

Cette articulation des rôles et modalités d'action respectifs appelle, au regard des dispositions de l'article 84 de la proposition de directive, et plus particulièrement des missions

⁴ Au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

⁵ Puisque exercés par un grand nombre d'autorités.

⁶ Le contrôle n'étant, en règle (et sous réserve des cas dans lesquels une illégalité d'ordre public est décelée), exercé qu'à l'égard des seuls vices de légalité dénoncés par le requérant.

⁷ Ce qui paraît exclure un contrôle systématique.

⁸ Par l'article 84, 3, (b) et (c) de la proposition de directive.

⁹ Arrêté royal du 10 mars 1998 organisant la Commission des marchés publics (*Mon.b.*, 27 mars 1998).

¹⁰ Arrêté du Gouvernement wallon du 16 juillet 1998 portant création de la Commission wallonne des marchés publics (*Mon.b.*, 19 septembre 1998).

susceptibles d'être attribuées à cette autorité de contrôle, les observations, questions et réflexions suivantes :

- « *surveiller l'application des règles relatives aux marchés publics et les pratiques des pouvoirs adjudicateurs, et notamment des centrales d'achat* » (art.84, 3, a)

Cette surveillance est-elle systématique ou ne s'exerce-t-elle qu'en des circonstances particulières (plaintes, ...) ? La distinction avec la compétence d'examen des plaintes n'est pas claire. Les illégalités décelées à la faveur de cette surveillance sont-elles sanctionnées ou donnent-elles simplement lieu à une information (dans le cadre, par exemple, du rapport annuel établi conformément à l'art.84, 2) ?

- « *proposer des conseils juridiques aux pouvoirs adjudicateurs sur l'interprétation des règles et des principes relatifs aux marchés publics et sur l'application des règles relatives aux marchés publics dans certains cas* » (art.84, 3, b)

Les missions de conseil et de contrôle ne sont-elles pas incompatibles¹¹ ? Faut-il considérer qu'un pouvoir adjudicateur qui ne se conformerait pas à un « conseil » serait tenu pour être l'auteur d'un comportement infractionnel susceptible de donner lieu à sanction, particulièrement si la mission de surveillance visée *sub* l'art.84, 3, a), est assortie de l'exercice d'un pouvoir de sanction¹² ?

- « *attirer l'attention des institutions nationales compétentes, notamment les autorités d'audit, sur certaines violations décelées et sur les problèmes systémiques* » (art.84, 3, e)

La dimension informative de cette mission ne semble, à première vue, pas appeler d'observation particulière. En revanche, la lecture conjointe de cette disposition et de celle de l'article 84, 3, avant-dernier alinéa, pose question. Cette dernière disposition est libellée comme suit : « Les tâches visées au point e) ne préjugent pas de l'exercice des droits de recours inscrits dans le droit national ou dans le système établi sur la base de la directive 89/665/CEE ». Le rapport entre les autorités d'audit et l'organisation des voies de recours n'apparaît pas clairement.

S'il y a lieu de considérer qu'au titre des « institutions nationales compétentes » sont également visées les instances juridictionnelles de recours, on se demandera ce que signifie l'obligation d'attirer leur attention ; s'il s'agit de les saisir, cette disposition ne fait-elle pas double emploi avec celle du dernier alinéa de l'article 84, 3¹³ ?

¹¹ Ce que fait craindre le dernier alinéa de l'art.84, 3, ainsi libellé : « Les États membres autorisent l'organe de contrôle à saisir la juridiction compétente d'un recours, conformément au droit national, contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, dès lors qu'il a décelé une infraction dans le cadre de ses activités de surveillance et de conseil juridique ».

¹² Ce qui n'apparaît pas actuellement, en l'état actuel de la proposition (Cf. *supra*, à propos de l'article 84, 3, a)..

¹³ Aux termes de laquelle « Les États membres autorisent l'organe de contrôle à saisir la juridiction compétente d'un recours, conformément au droit national, contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs, dès lors qu'il a décelé une infraction dans le cadre de ses activités de surveillance et de conseil juridique ».

- « examiner les plaintes des citoyens et des entreprises concernant l'application des règles relatives aux marchés publics dans certains cas et communiquer l'analyse aux pouvoirs adjudicateurs compétents, qui sont tenus d'en tenir compte dans leurs décisions ou sinon d'expliquer pourquoi lorsqu'elles ne le font pas » (art.84, 3, f)

On n'aperçoit pas l'articulation avec les recours juridictionnels ouverts aux entreprises. Par ailleurs, faut-il considérer que l'analyse résultant de l'examen des plaintes constitue un conseil adressé aux pouvoirs adjudicateurs ou le constat d'une infraction aux dispositions régissant l'attribution et l'exécution des marchés publics ? Eu égard au fait que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter cette analyse dans leur décision ou de motiver la distance qu'ils prennent à cet égard, on pourrait soutenir qu'il s'agit d'un conseil. Comme cela a été relevé précédemment¹⁴, il faut alors se demander si le fait de ne pas suivre le conseil sera analysé en un comportement infractionnel, puisque le pouvoir adjudicateur et l'organe de contrôle pourraient, par hypothèse, ne pas partager une interprétation uniforme de dispositions dont l'application fait débat.

- « de contrôler les décisions prises par les juridictions et les autorités nationales à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur la base de l'article 267 du traité, ou des conclusions de la Cour des comptes européenne constatant des violations des règles de l'Union relatives aux marchés publics dans le cadre de projets cofinancés par l'Union; l'organe de contrôle signale à l'Office européen de lutte antifraude toute infraction aux procédures de passation de marché de l'Union relatives à des marchés directement ou indirectement financés par l'Union européenne » (art.84, 3, g)

Si le contrôle visé par cette disposition s'entend de la collecte, de l'exploitation et de la diffusion d'informations relatives au suivi d'arrêts rendus par la Cour de justice ou de conclusions de la Cour des comptes européennes, la disposition en projet pourrait ne pas appeler d'observations. S'il s'agit, en revanche, d'exercer un véritable contrôle des décisions prises par les juridictions et autorités nationales, lequel contrôle pourrait entraîner une censure de ces décisions, il y aura nécessairement lieu de s'interroger sur la compatibilité d'un tel système avec les principes constitutionnels d'aménagement des pouvoirs au sein de chaque Etat-membre, lesquels ne conçoivent pas naturellement, par exemple, que les décisions de juridictions soient contrôlées par une autorité administrative, ce que semblerait être, en l'occurrence, l'organe de contrôle. A titre d'exemple, et en l'état actuel du droit interne, les arrêts du Conseil d'Etat de Belgique ne sont, en règle, susceptibles de faire l'objet d'un contrôle que dans le cadre du pourvoi en cassation ouvert dans une hypothèse très spécifique, du reste étrangère à ce que pourrait viser l'article 84, 3, g, en projet ; par ailleurs, les décisions des juridictions judiciaires sont soumises au contrôle exclusif de la Cour de cassation.

- *Obligations que la Commission peut imposer à l'organe de contrôle (art.84, 4)*

Ici encore, le respect de ces obligations doit se concevoir d'une façon compatible avec le mode de fonctionnement des institutions nationales. Comme cela a été relevé à plusieurs reprises, l'articulation avec les mécanismes existants n'apparaît pas clairement. C'est à tout le

¹⁴ Cf. *supra*, à propos de l'art.84, 3, b.

moins ce que laissent craindre, en leur formulation actuelle, les dispositions contenues aux deux derniers alinéas de l'art.84, 4¹⁵.

4. Caractère proportionné du contrôle exercé par l'autorité nationale

Il s'impose d'évaluer soigneusement l'incidence de l'organisation de missions de contrôle, particulièrement lorsque celui-ci est exercé dans le courant de la procédure d'attribution d'un marché, ce que laissent imaginer les dispositions contenues à l'article 84, 3, f, et 4, alinéa 2. Le risque d'alourdissement sensible des procédures n'est pas exclu. Il l'est d'autant moins que certains opérateurs économiques participant à une procédure de passation pourront – même légitimement – trouver devant l'organe de contrôle un nouveau lieu d'expression des rapports concurrentiels, s'ajoutant à celui qui a précisément pour cadre la passation du marché et à ceux que constituent parfois les juridictions.

5. Conclusion

Un contrôle efficace du respect des règles régissant l'attribution et l'exécution des marchés publics est sans doute l'un des gages de l'effectivité d'application de ces règles. L'institution d'un organe national de contrôle, unique, constitue sans doute un moyen utile à la réalisation de cet objectif.

Dès lors, cependant, que cet organe de contrôle n'a pas vocation à se substituer à toutes les institutions qui exercent déjà actuellement des contrôles en ce domaine, il s'impose de concevoir ses missions et ses modalités de fonctionnement, de manière à ce que les rôles joués par les différents intervenants au sein de chaque Etat membre soient articulés de façon harmonieuse. En sa version actuelle, l'article 84 de la proposition de directive laisse subsister de nombreuses questions à cet égard.

Pour le surplus, il y a lieu de s'interroger sur l'évaluation « coûts-bénéfices » de l'introduction d'un système nouveau de contrôle du respect des règles applicables aux marchés publics, particulièrement au regard de l'impact de certaines formes de contrôle sur la conduite de procédures en cours.

Bruxelles, le 20 mars 2012.

¹⁵ Dispositions libellées comme suit :

« La Commission peut notamment s'adresser à l'organe de contrôle afin que celui-ci traite les cas particuliers où le marché n'est pas encore conclu ou une procédure de recours peut encore être introduite. Elle peut également confier à l'organe de contrôle les activités de surveillance nécessaires pour garantir la mise en oeuvre des mesures que les États membres se sont engagés à respecter afin de remédier à une violation des règles et principes de l'Union relatifs aux marchés publics, recensée par la Commission.

La Commission peut exiger de l'organe de contrôle qu'il analyse les infractions présumées aux règles de l'Union en matière de marchés publics ayant une incidence sur les projets cofinancés par le budget de l'Union. Elle peut charger l'organe de contrôle d'assurer le suivi de certains cas et de veiller à ce que les infractions aux règles de l'Union en matière de marchés publics ayant une incidence sur les projets cofinancés fassent l'objet de mesures appropriées que les autorités nationales compétentes auront l'obligation de mettre en oeuvre. »