



Aperçu annuel de droit public

CE QU'IL FAUT SAVOIR À L'AUBE DE 2023

Table des matières

Édito	3
Gestion des litiges – nouveaux développements et préoccupations en 2023.....	4
Prix unitaires nuls : le moment est-il venu de remettre les compteurs à zéro ?.....	5
Développements récents sur la vente en ligne en Région flamande ayant un impact sur la réglementation environnementale	6
La renonciation a l'attribution d'un marché public : Aucune libération pour le pouvoir adjudicateur	9
Directive Européenne relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (csrd) et taxonomie Européenne : Ready, Set, Go !	12
Recevez-vous encore des subventions pour vos panneaux solaires dans le futur ?	16
Bientôt une responsabilité élargie des producteurs et ce dans les trois régions du pays?	20
Une correction au régime des mesures correctrices : quelques réflexions pratiques sur la loi du 18 mai 2022	22
Réforme du Code wallon du développement territorial en vue !	24
Négliger la concurrence dans les marchés publics : une erreur absolue lourde de conséquences.....	25
Sur la nécessité d'un test climatique par les autorités chargées de l'octroi de licences: état de la situation.....	27
Non-sélection des candidats et/ou soumissionnaires dans un marché public : attention !	29
Le Covid-19 et son impact sur les délais de procédure	31
L'impact de la guerre en Ukraine sur les marchés publics: l'Arrêté Royal du	29
Novembre 2022 offre des nouvelles possibilités pour les contractants	32
Concurrence par rapport aux spécifications techniques et fonctionnelles dans les cahiers spéciaux des charges dans les marchés publics.....	34
Our public law team	36



Édito

Chère lectrice,

Cher lecteur,

C'est avec une joie non dissimulée que nous vous adressons notre *Revue Annuelle* reprenant les faits marquants ainsi que les dernières jurisprudences et tendances de l'année 2022 en matière de droit public.

L'année 2022 restera gravée dans nos mémoires comme l'année durant laquelle nous avons eu le plaisir de nous retrouver en personne, après les nombreuses restrictions dues à la COVID. Malheureusement, l'année 2022 aura également été marquée par la guerre en Ukraine, les défis climatiques grandissants et les compressions budgétaires à tous les niveaux de notre société. Comme vous pourrez le constater en parcourant nos diverses contributions, ces actualités ont largement imprégné notre pratique quotidienne.

Les défis auxquels chacun a dû faire face durant cette année géopolitiquement turbulente ont été immenses et nous vous sommes très reconnaissants de nous avoir choisis pour vous aider à les résoudre. Votre confiance est le moteur le plus puissant qui nous pousse jour après jour à atteindre l'excellence, dans l'intérêt de chacun de vos dossiers et de vos besoins juridiques. Nous vous remercions tout particulièrement pour cette confiance et notre collaboration fructueuse en 2022.

Nous vous souhaitons de bonnes fêtes et une merveilleuse année 2023. Qu'elle vous apporte santé, bonheur et joie !

Bob, Alec, Andi, Astrid, Bérénice, Birgit, Brent, Cédric, Félix, Fien, Gauthier, Lieven, Maëlle, Matthias, Tatyana, Tess, Renaud, Caroline, Inez, Katrien.

Les articles contenus dans cette revue annuelle couvrent l'état du droit, la jurisprudence et la doctrine jusqu'au 15 décembre 2022.





Gestion des litiges – nouveaux développements et préoccupations en 2023

La gestion des risques et la planification financière sont des composantes essentielles d'une stratégie commerciale prudente, surtout dans le climat économique actuel. Les départements juridiques sont également invités à concevoir des mesures supplémentaires pour parvenir à l'optimisation de la gestion juridique.

Plusieurs préoccupations et opportunités se présentent à cet égard.

Un premier point d'attention est le traitement des poursuites judiciaires en cours. Cela soulève la question de savoir si, dans le cadre d'une entreprise, d'une institution ou d'un gouvernement, le screening et l'analyse des litiges en cours ne pourraient pas conduire à une optimisation du profil de risque (et des provisions y afférentes). Les litiges s'accumulent au fil du temps et une provision est constituée pour ces litiges sur une base annuelle. La gestion et l'administration actives du portefeuille de litiges conduisent à des résultats surprenants dans de nombreux cas. Par exemple, les litiges sont soumis à une seconde opinion pour réanalyser les chances de succès et, si nécessaire, soit rechercher des règlements à l'amiable par le biais de discussions confidentielles entre avocats, soit prévoir la nomination d'un médiateur. En effet, la médiation est une méthode importante et de plus en plus en vue pour parvenir à une résolution (plus rapide) des conflits. Les dossiers plus anciens sont également activés, les montants sont capitalisés le cas échéant et les provisions

pour litiges peuvent être mises à jour, en plus ou en moins, de sorte qu'un reflet exact des litiges et du risque financier associé puisse être reflété dans les comptes. Notre cabinet propose une approche intégrée et structurée pour aider les services juridiques dans cet exercice important et souvent fort apprécié par le C-level de la société.

Un deuxième domaine d'intérêt est le financement des litiges par des tiers où, sur la base de la due diligence d'un financeur externe, il est déterminé et décidé s'il assumera les frais de procédure et de justice pour les litiges importants en cours, en échange d'une contribution aux résultats finaux de la demande. De tels accords sont également possibles dans le cadre d'une action collective lorsque, par exemple, plusieurs parties introduisent une demande de dommages et intérêts envers une autorité publique, pour des accords qui ne sont plus détenus par cette autorité. En ce qui concerne ce "financement par des tiers", notre cabinet offre également une plate-forme idéale pour rechercher l'optimisation des coûts pour la résolution des litiges, également dans un contexte belge.

Ces deux préoccupations nécessiteront une attention particulière en 2023. À ce titre, s'efforcer de résoudre le plus efficacement possible les litiges en cours et mettre en place une structure organisationnelle permettant de minimiser les litiges est la meilleure façon d'avancer pour maîtriser les défis de 2023.

Nous nous réjouissons de nous retrouver en 2023 !

Prix unitaires nuls : le moment est-il venu de remettre les compteurs à zéro ?

Force est de constater que la jurisprudence constante du Conseil d'État estimant qu'un prix à zéro est présumé anormal a un effet déresponsabilisant sur les adjudicateurs qui excluent de manière quasi automatique les prix nuls et *a fortiori* les prix négatifs alors même qu'ils devraient questionner ces prix de manière approfondie et systématique. Un adjudicateur devrait en effet envisager la possibilité que des prix nuls, voire négatifs, soient remis dans le cadre du marché et se positionner à cet égard : d'une part, en mentionnant de manière claire sa volonté (l'adjudicateur autorise-t-il ou non la remise de prix nuls, voire négatifs ?) et d'autre part, en s'assurant de la pertinence des critères d'attribution choisis, notamment en vérifiant, le cas échéant, qu'ils permettront la prise en compte de tels prix (une règle de proportionnalité, régulièrement utilisée dans le cadre de l'évaluation du critère prix, permet-elle la prise en compte d'un prix nul, voire négatif ?).

Le point de vue traditionnel du Conseil d'État nous semble dépassé et ce, particulièrement au vu du contexte socio-économique dans lequel nous évoluons. Un prix nul – voire négatif – pourrait en effet se révéler autrement plus « normal » qu'un prix positif dans certains cas et notamment pour un poste comportant une valorisation pour l'opérateur économique. Il nous semble évident que dans un contexte où la réinvention des modèles (que ce soit sur le plan économique, social, sur celui de la durabilité ou de tout autre aspect) est essentielle, une ouverture en matière de structure et de composition de prix doit résolument être soutenue par le secteur public.

Nous ne pouvons que nous réjouir du fait que les prémisses d'une telle ouverture apparaissent en filigrane de l'arrêt n° 254.054 du 21 juin 2022 du Conseil d'État dans lequel le Conseil d'État confirme et clarifie à certains égards son positionnement, traditionnel s'il en est, mais permet également de soulever de nouvelles questions, et, peut-être, de constater de nouvelles dynamiques et perspectives en accueillant la possibilité d'un marché à prix global nul, et ce dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice.

Œuvrons à ce que cette évolution prometteuse en matière de pratiques commerciales soit dès à présent soutenue, tant par les adjudicateurs dans le cadre de la préparation et de l'élaboration de leurs marchés (y inclus dans la définition de leurs besoins), que par les opérateurs économiques qui seront appelés à guider les adjudicateurs en la matière en les confrontant à la réalité du terrain et aux possibilités offertes par chaque marché spécifique.

Pour un aperçu plus détaillé sur la question, nous vous renvoyons à la contribution « Prix unitaires nuls : le moment est-il venu de remettre les compteurs à zéro ? » parue dans *l'Entreprise et le Droit*, Ed. 2022/3, pp.207-220, coécrite par Bérénice Wathelet, Counsel DLA Piper et Kristen Voglaire, Kwidea.

“Un prix nul – voire négatif – pourrait en effet se révéler autrement plus « normal » qu'un prix positif dans certains cas et notamment pour un poste comportant une valorisation pour l'opérateur économique.”

Développements récents sur la vente en ligne en Région flamande ayant un impact sur la réglementation environnementale

Les ventes en ligne sont en plein essor : de plus en plus de fabricants et de vendeurs vendent leurs produits depuis l'étranger directement aux utilisateurs finaux en Flandre via leur propre site web ou via des plateformes de marché en ligne. Une plateforme de marché en ligne est définie dans le VLAREMA (Règlement flamand sur la gestion durable des cycles de matières et des déchets) comme « *une plate-forme numérique, portail ou tous autres moyens, applications ou services électroniques équivalents, permettant à un vendeur de conclure un contrat à distance, au sens de l'article I.8,15° du Code de droit économique, avec les utilisateurs de la plateforme de marché en ligne.* ».

Bien entendu, ces fabricants et vendeurs doivent se conformer à la responsabilité étendue des producteurs (REP) pour les produits auxquels la REP s'applique.

En Flandre, une REP est imposée au producteur de certains produits (déchets d'équipements électriques et électroniques, batteries, véhicules, emballages, panneaux solaires, huiles usagées, matelas, couches). La REP signifie que les producteurs de certains produits sont responsables de leur collecte et de leur recyclage une fois qu'ils sont devenus des déchets.

Jusqu'à récemment, on entendait par producteur : "toute personne physique ou morale qui, à titre professionnel, développe, fabrique, manipule, transforme, vend ou importe des produits". Cependant, il a été constaté que les entreprises qui vendent directement depuis l'étranger aux consommateurs flamands ne respectaient pas toujours les règles de la réglementation flamande et agissaient donc comme des "freeriders".

Le nombre de produits auxquels s'applique la REP augmentant rapidement, il a été jugé opportun que certaines tâches soient également confiées aux plateformes de marché en ligne dans une optique de contrôle et d'exécution, d'autant plus que la majorité des transactions se effectuent sur un nombre limité de plateformes de marché.

Une proposition antérieure visant à modifier le VLAREMA pour imposer des obligations aux plateformes de marché en ligne a été critiquée par la Section législation du Conseil d'État. Le Conseil d'État a estimé qu'il n'existe aucune base légale pour leur imposer de telles obligations.

Il a alors été décidé de modifier l'article 21 du décret matériaux (décret du 21 décembre 2011 relatif à la gestion durable des cycles de matière et des déchets), notamment au moyen du décret du 20 mai 2022 (publié au Moniteur Belge du 8 juillet 2022).

Là où auparavant la REP était imposée à la personne qui « vend ou importe », celle-ci est désormais étendue à celui qui « vend, importe ou facilite la vente ».

Le champ des acteurs auxquels des obligations peuvent être imposées dans le cadre de la REP s'élargit. Les plateformes de marché en ligne sont notamment visées. Ces dernières (1) vendent en partie des produits aux consommateurs eux-mêmes (ce qui fait qu'elles sont eux-mêmes automatiquement soumises à la REP), mais (2) fonctionnent également comme une plateforme sur laquelle d'autres fabricants vendent leurs produits.



Il est prévu qu'un arrêté supplémentaire garantira des conditions de concurrence plus équitables entre les producteurs opérant depuis la Belgique (via le commerce en ligne et hors ligne) d'une part et les producteurs étrangers qui vendent aux consommateurs en Flandre via des plateformes de marché en ligne d'autre part, l'objectif étant d'écartier les freeriders (ce qui contribuera également à sauvegarder la capacité financière des systèmes existants).

La poursuite de la mise en œuvre des obligations pour les plateformes de marché en ligne sera probablement concrétisée dans une modification ultérieure du VLAREMA. Le point de départ sera que les plateformes de marché en ligne ne pourront autoriser sur leur plateforme que les producteurs qui sont conformes à la REP en Flandre et assument donc leur responsabilité une fois que leurs produits sont devenus des déchets.

Il est également question d'un texte qui viendrait modifier l'Accord de coopération sur la prévention et la gestion des déchets d'emballages, établissant au niveau national un cadre pour la mise en œuvre de la REP à travers un Accord de coopération ayant force de loi.

Le projet de texte établit également des obligations pour l'opérateur d'une plateforme de marché en ligne.

Premièrement, l'opérateur aurait une obligation d'informer les producteurs sur la REP.

Ensuite, l'opérateur devra veiller à n'admettre sur la plateforme en ligne que les producteurs qui soit appartiennent à un organisme de gestion, soit soumettent un plan de gestion individuel.

Le projet de texte de l'accord de coopération prévoit la possibilité pour l'opérateur de la plateforme de marché en ligne d'assurer les obligations REP incombant normalement au producteur.

En tout état de cause, un contrôle est prévu : l'opérateur de la plateforme de marché en ligne devra soumettre annuellement à une plateforme de consultation des Régions la liste des producteurs ayant opéré sur la plateforme en ligne et la manière dont ces producteurs se sont conformés à la REP.

D'autres développements sont attendus dans les mois à venir.

“Il est prévu qu'un arrêté supplémentaire garantira des conditions de concurrence plus équitables entre les producteurs opérant depuis la Belgique (via le commerce en ligne et hors ligne) d'une part et les producteurs étrangers qui vendent aux consommateurs en Flandre via des plateformes de marché en ligne d'autre part.”



L'Union européenne envisage de protéger les personnes qui participent au débat public contre les intimidations judiciaires

Dans le cadre du plan d'action pour la démocratie européenne, la Commission européenne a présenté une proposition de directive visant à élaborer un cadre juridique pour protéger les personnes physiques ou morales qui font l'objet de procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives en raison de leur participation au débat public. L'objectif est de lutter contre les poursuites-bâillons (en anglais les « *Strategic Lawsuit Against Public Participation* » ou « SLAPP ») qui réduisent au silence les personnes qui attirent l'attention sur certaines situations et permettent aux citoyens d'accéder à des informations fiables ou encore de se forger une opinion sur des questions d'intérêt public.

Au premier rang des personnes ainsi protégées figurent les journalistes, les défenseurs des droits de l'homme, les médias, les maisons d'édition, les organisations de la société civile et les chercheurs, mais cette liste n'a rien d'exhaustif.

La directive s'appliquerait aux matières ayant une incidence transfrontière, notion définie en termes très larges, et la proposition de la Commission européenne s'accompagne d'une recommandation invitant les États-membres à aligner leur législation nationale sur le même modèle afin d'offrir une protection uniforme sur tout le territoire européen.

La protection que la Commission européenne suggère prend plusieurs formes :

- i) les juridictions pourront imposer au requérant de fournir une garantie couvrant les frais de procédure et les dommages et intérêts ;
- ii) les États-membres devront instaurer une procédure rapide conduisant au rejet des procédures manifestement infondées et dans le cadre de cette

procédure accélérée, il incombera au requérant d'apporter la preuve que sa demande n'est pas manifestement infondée ;

- iii) les États-membres devront veiller à ce que les juridictions puissent condamner les requérants non seulement à supporter intégralement les frais de représentation engagés par les défendeurs mais également à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ;
- iv) pour déjouer le *forum shopping*, la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par des États tiers dans le cadre d'une procédure à laquelle la directive aurait été applicable si elle avait été introduite devant une juridiction d'un État-membre devront être refusées.

La recommandation adressée aux États-membres est déjà entrée en vigueur avec effet immédiat. Il semble toutefois qu'aucun texte de loi ne soit à l'étude à ce sujet au niveau du Parlement belge. Quant à la proposition de directive, elle est actuellement examinée par la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen. La Commission européenne espère que la directive pourra être adoptée avant la fin 2023.

De façon générale, les juridictions belges sont peu enclines à qualifier une procédure de « téméraire et vexatoire » et à allouer des indemnités de procédure maximales en raison du caractère déraisonnable de la situation. Une législation anti-SLAPP viendra-t-elle bousculer les habitudes ? A terme, la législation anti-SLAPP pourrait même entraîner une réforme générale du régime des indemnités de procédure. En effet, il serait sans doute discriminatoire de ne prévoir un remboursement intégral des frais de défense que pour certaines procédures manifestement dépourvues de fondement.

La renonciation à l'attribution d'un marché public : Aucune libération pour le pouvoir adjudicateur

L'ouverture d'une procédure de marché public n'entraîne pas, en principe, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'attribuer et de clôturer effectivement le marché. L'article 85 de la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016 (la " loi sur les marchés publics ") permet explicitement au pouvoir adjudicateur de s'abstenir d'attribuer ou de clôturer le marché, puis, le cas échéant, de relancer la procédure. Souvent, les pouvoirs adjudicateurs incluent également cette option dans les documents de marché afin de l'indiquer explicitement aux soumissionnaires et d'éviter les actions en responsabilité (pré)contractuelle. Toutefois, cette option d'abandon légal n'est pas sans frais pour le pouvoir adjudicateur.

Afin de protéger les soumissionnaires, qui font souvent des efforts considérables (gratuitement) pour être désignés comme bénéficiaires du contrat, une décision d'abandon doit toujours être fondée sur des raisons valables. Lorsqu'il prend une décision de renonciation à l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur ne doit pas agir de manière arbitraire. Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard - les tribunaux compétents n'ont qu'un pouvoir de contrôle marginal - il doit y avoir de bonnes raisons d'arrêter une procédure de passation de marché en cours. Ces raisons peuvent être la nécessité de modifier le cahier spécial des charges en raison d'omissions ou d'incomplétudes, la conclusion que la solution envisagée n'est pas possible dans le cadre du budget proposé, le fait qu'une seule offre a été soumise, de sorte que la concurrence ne peut pas jouer un rôle suffisant, etc.

Ce faisant, les motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur pour interrompre une procédure de sélection en cours ne doivent pas donner lieu à

une violation du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires. Lorsqu'il prend une décision d'interruption, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que cette décision ne crée pas d'avantages (ou de désavantages) particuliers pour un soumissionnaire ou un autre (même s'il existait des motifs valables pour interrompre la procédure de placement). Par exemple, dans un arrêt du 11 février 2022 (2019/AR/626), la Cour d'appel de Gand a jugé que la décision d'arrêt du pouvoir adjudicateur à la suite d'une procédure de suspension engagée par le soumissionnaire non retenu et la nouvelle procédure de marché public qui s'en est suivie ont conféré au soumissionnaire non retenu un avantage inégal dans la mesure où, à la suite de la procédure d'arrêt et de la nouvelle procédure de marché public, ce dernier a encore eu la possibilité de présenter une nouvelle offre... en tenant compte des connaissances qu'il avait sur l'offre du soumissionnaire initialement retenu et sur la base desquelles, il pouvait améliorer sensiblement sa première offre. Le fait que la suppression puisse donner lieu à une inégalité de traitement devait être pris en compte par le pouvoir adjudicateur lors de l'examen du caractère raisonnable et proportionné de la décision proposée.

"Afin de protéger les soumissionnaires, qui font souvent des efforts considérables (gratuitement) pour être désignés comme bénéficiaires du contrat, une décision d'abandon doit toujours être fondée sur des raisons valables."

Il est également important d'évaluer les motifs d'interruption en fonction de l'étape de la procédure de marché public. Une décision d'interruption au début de la phase de passation et à un moment où les soumissionnaires n'ont pas encore fait d'efforts significatifs est plus justifiable que si la décision d'interruption était prise au cours de négociations avancées, qu'un point de non-retour avait été effectivement atteint et que les soumissionnaires pouvaient s'attendre à ce que le marché soit attribué et clôturé. Même dans ce cas, il est peu proportionnel de mettre fin à une procédure de placement sans aucune compensation au profit du ou des soumissionnaires participants.

Une décision d'arrêt qui n'est pas raisonnable et proportionnée peut en effet engager la responsabilité précontractuelle du pouvoir adjudicateur. Le fait que l'article 85 de la loi sur les marchés publics fournit une base claire à un pouvoir adjudicateur pour arrêter une procédure en cours n'affecte pas la responsabilité du pouvoir adjudicateur qu'il peut encourir si la décision d'arrêt est prise de manière illégale et que les soumissionnaires en subissent des désavantages. Par exemple, dans l'arrêt précité, la Cour d'appel de Gand a considéré que le soumissionnaire initialement désigné comme bénéficiaire du contrat avait subi un préjudice en raison de la position désavantageuse dans laquelle il avait été placé à la suite de la décision de désistement. La responsabilité précontractuelle du pouvoir adjudicateur a été retenue, ce qui a entraîné le versement de dommages et intérêts. Cela montre une fois de plus que, malgré la possibilité légale de le faire, une décision de cessation d'activité ne peut pas être prise à la légère et qu'un tribunal peut effectivement en décider autrement.

“Une décision d'arrêt qui n'est pas raisonnable et proportionnée peut en effet engager la responsabilité précontractuelle du pouvoir adjudicateur.”







Directive Européenne relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (csrd) et taxonomie Européenne : Ready, Set, Go !

L'UE veut accélérer le rythme pour concrétiser le "Green Deal" européen pour les entreprises privées. La directive qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises n'est qu'un premier pas vers une transition socialement juste vers un système économique durable.

Quoi ?

Une toute nouvelle vague d'obligations européennes en matière de rapports est en train de déferler sur les entreprises. Le Parlement européen adoptera bientôt la directive qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD). Cette directive impose aux entreprises de rendre compte régulièrement de l'impact environnemental et social de leurs activités.

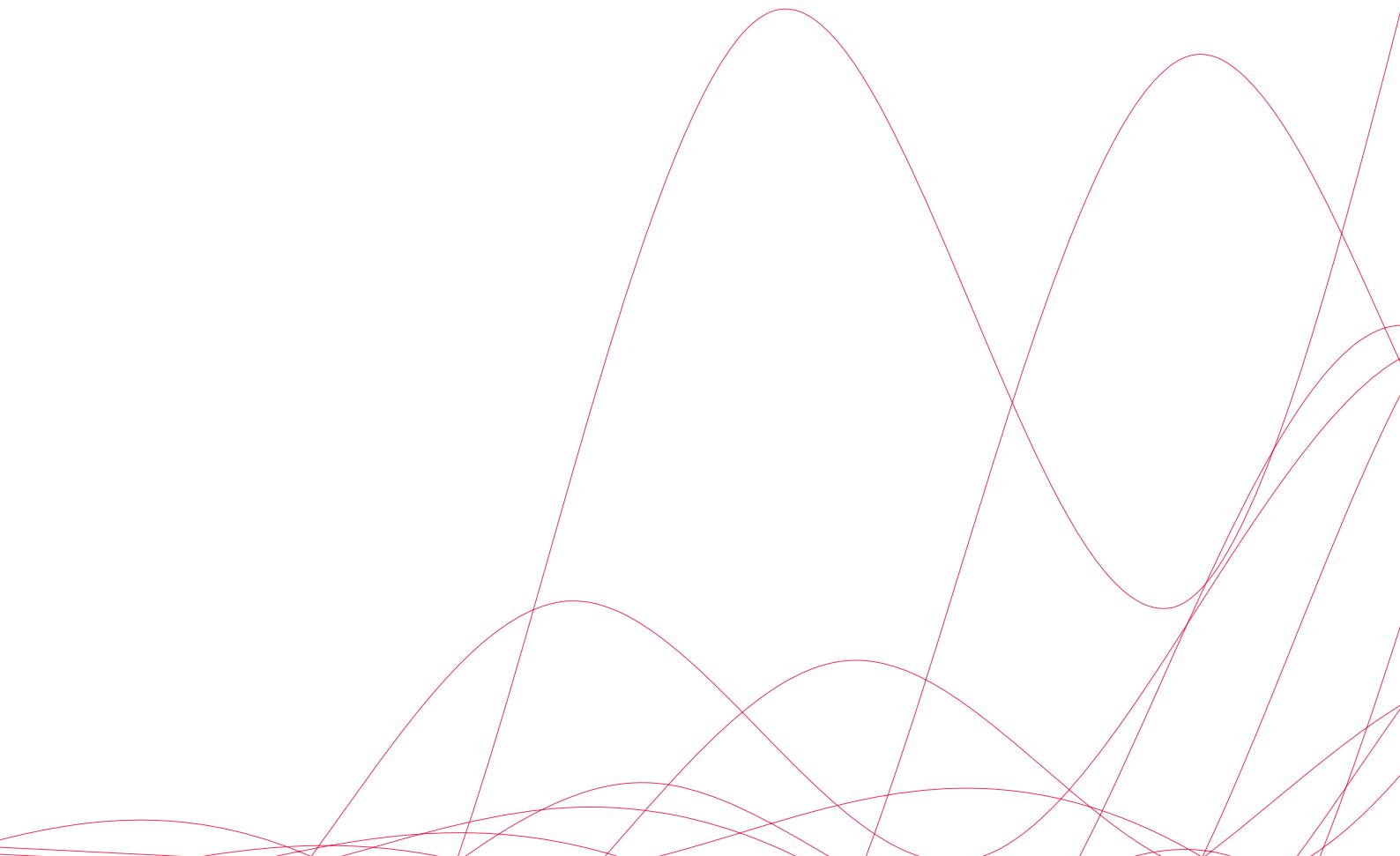
La CSRD est le résultat direct du plan d'action de la Commission sur la finance durable et vise à rendre les entreprises plus responsables et à accroître la transparence de leur impact sur la population et l'environnement. En prime, la CSRD entend renforcer les relations entre les entreprises et la société en comblant le déficit d'information.

Actuellement, la directive sur la publication d'informations non financières (directive 2014/95/UE, la NFRD) est jugée peu efficace : les informations

communiquées (si tant est qu'on puisse en trouver) ne sont souvent ni suffisamment fiables, ni suffisamment comparables, entre les entreprises.

C'est là qu'intervient le lien avec le règlement sur la taxonomie européenne (règlement 2020/852), déjà existant. La Taxonomie de l'UE vise à créer un système de classification des activités économiques durables sur le plan environnemental afin d'accroître les investissements durables et de lutter contre l'échoblançage en définissant les activités économiques qui peuvent être considérées comme écologiquement durables. La Commission utilisera cette taxonomie de l'UE comme ligne directrice lors de l'adoption de normes de rapport sur la durabilité.

En fin de compte, il en résultera un système économique plus durable et plus respectueux du climat en affectant les investissements là où ils sont le plus nécessaires.



Qui?

Jusqu'à présent, seules les entreprises d'intérêt public de plus de 500 salariés entraient dans le champ d'application du RGPD. Ce champ d'application sera considérablement élargi, rendant la CSRD applicable à toutes les entreprises cotées et non cotées qui répondent à au moins deux des critères suivants :

- plus de 250 employés ; et
- un chiffre d'affaires de 40 millions d'euros ou plus ; et/ou
- 20 millions d'euros ou plus d'actifs totaux.

Les entreprises non européennes seront également soumises aux obligations de rapport sur le développement durable si elles ont une filiale ou une succursale dans l'UE et un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros. Les PME non cotées en bourse peuvent se conformer à la CSRD sur base volontaire.

Quand?

Très bientôt ! Les obligations de déclaration s'appliqueront aux rapports publiés à partir du 1er janvier 2024 pour les entreprises qui relèvent actuellement du champ d'application du NFRD. Cela signifie que la période de reporting 2023 est déjà concernée et que des données cohérentes sur la durabilité des activités économiques doivent être collectées à partir du 1er janvier 2023.

Pour les autres entreprises entrant dans le champ d'application de la CSRD, les obligations de déclaration commenceraient à partir du 1er janvier 2025 (exercice 2024). Les PME bénéficieront d'une année supplémentaire de prolongation et devront commencer à déclarer leurs activités à partir du 1er janvier 2026.

Les entreprises doivent donc vérifier rapidement si elles entrent dans le champ d'application et commencer à se préparer à ce nouveau défi en collectant des données. À vos marques, prêts, partez !



The background of the entire image is a top-down aerial photograph of a solar farm. Numerous blue solar panels are arranged in long, parallel rows across a field of vibrant green grass. The perspective is from above, looking down the length of the panels.

Recevez-vous encore
des subventions pour vos
panneaux solaires dans
le futur ?

Tous ceux qui ont ouvert les journaux ces derniers mois le savent déjà : le Gouvernement flamand envisage de supprimer les certificats verts pour les installations de panneaux solaires ("installations PV"). En effet, le Gouvernement flamand estime que le système actuel conduit à une subvention trop forte.

En modifiant la législation actuelle, le Gouvernement flamand souhaite réduire les subventions de 1,2 milliard d'euros au cours des dix prochaines années. Dans ce qui suit, nous abordons certaines questions actuelles concernant cette initiative réglementaire.

De quelles subventions s'agit-il ?

Pour promouvoir la production d'électricité verte, les producteurs ont droit à des certificats verts. Un certificat vert est un certificat électronique unique et transmissible, qui atteste qu'une certaine installation de production a produit une quantité d'électricité renouvelable pendant une certaine période.

Le gestionnaire de réseau est tenu de racheter ces certificats au producteur, à sa demande. Le montant auquel les certificats sont rachetés (le "prix minimum") et la période pendant laquelle les certificats verts peuvent être vendus à ce prix dépendent (i) de la date de mise en service de l'installation et (ii) du type d'installation.

Qu'est-ce qui changerait ?

Le changement proposé implique ce qui suit :

- La réduction de la subvention s'appliquerait uniquement aux entreprises, et non aux personnes physiques.
- La période de subvention ordinaire pour les installations photovoltaïques dont la date de démarrage est antérieure au 1er janvier 2013, qui est actuellement de 20 ans, prendrait fin le 31 décembre 2023.
- L'aide déjà reçue ne serait pas affectée.
- L'exploitant peut toutefois demander une prolongation de la subvention s'il prouve que cela est nécessaire pour assurer la rentabilité de son installation PV.
- Le changement ne s'applique pas aux cas où le montant des subventions par entreprise bénéficiaire ne dépasse pas 200 000 euros sur une période de trois années fiscales.

Quelles sont les raisons des critiques ?

Différents acteurs s'opposent à la proposition du gouvernement flamand. Plus précisément, **il est allégué (i) que les chiffres sur lesquels le projet de décret est basé ne sont pas fiables et (ii) que le Gouvernement flamand s'appuie sur des bases juridiques incorrectes**. Pour son amendement, le Gouvernement flamand s'appuie sur la règle *de minimis*, d'une part, et sur les nouvelles "*Lignes directrices concernant les aides d'Etat au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie*",

d'autre part. Cependant, certaines autorités doutent que les règlements/lignes directrices susmentionnés puissent constituer une base juridique pour la réduction des subventions qui trouvent leur origine dans les certificats verts. Le Minaraad, par exemple, note (i) que le règlement *de minimis* concerne les trois derniers exercices fiscaux et ce, au moment de l'octroi de la nouvelle subvention et (ii) que les lignes directrices CEEAG, quant à elles, ne s'appliquent qu'aux subventions futures. Il est également allégué de manière générale que la réduction proposée des certificats verts est néfaste à la sécurité juridique.

Quand ce changement prendra-t-il effet ?

Le projet de décret qui apporterait les changements susmentionnés n'a pas encore été adopté par le Parlement flamand. A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil d'État vient de donner son avis sur le projet de décret. Le Conseil d'État conclut que le projet de règlement en tant que tel ne viole pas le principe de la confiance légitime. Toutefois, il estime que le choix de ne viser les certificats verts que pour les grandes installations des entreprises, et qui plus est seulement pour les installations dont la date de début ("startdatum") est antérieure à 2013, n'est pas raisonnablement justifié sur la base du projet actuel. **Il est donc certain que le projet de décret devra être affiné, en tenant compte de l'avis du Conseil d'État,** après quoi il pourra être soumis à l'approbation du Parlement flamand.



Bientôt une responsabilité élargie des producteurs et ce dans les trois régions du pays?

Aujourd'hui, les thèmes du climat et de l'environnement ne peuvent plus être ignorés dans notre société. Au niveau européen comme au niveau national, on prend de plus en plus conscience qu'il faut s'engager résolument sur la voie de la durabilité et de l'écologie. Cela s'applique également à la prévention des matériaux et des déchets. Dans le cadre de la politique environnementale, la réutilisation durable des matériaux et la gestion écologique et responsable des déchets sont devenues des sujets très importants. Quelques bons exemples sont la récente directive européenne du 5 juin 2019 n° 2019/904 relative à la réduction de l'incidence de certains produits en plastique sur l'environnement, dite directive sur les plastiques à usage unique, ou le paquet de propositions de la Commission européenne présenté le 30 mars 2022 dans le cadre du Green Deal européen pour faire des produits durables la norme.

Au niveau des États membres, la Belgique est, en 2022, l'un des précurseurs de l'UE en matière de productivité des ressources, d'utilisation des matières secondaires et de gestion des déchets. La mise en décharge y est également quasi inexistante. Les réglementations applicables dans les trois régions en matière de responsabilité élargie des producteurs (REP) y contribuent bien. En effet, la REP rend le producteur responsable de l'ensemble du cycle de vie du produit. Par le biais de la REP, elle veille à ce que les producteurs de certains déchets assument la responsabilité financière et/ou organisationnelle de la gestion de la phase des déchets dans le cycle de vie d'un produit. Les producteurs participent donc activement à la politique en matière d'environnement et de déchets dans le but de fermer les cycles des matériaux pour leurs produits. Un instrument connu pour façonner la REP concerne l'obligation de reprise qui signifie que les producteurs sont tenus d'accepter gratuitement les produits mis au rebut qu'ils ont mis sur le marché et qui leur sont présentés par les consommateurs.

“Par le biais de la REP, elle veille à ce que les producteurs de certains déchets assument la responsabilité financière et/ou organisationnelle de la gestion de la phase des déchets dans le cycle de vie d'un produit.”





Dans la pratique, cette reprise et cette collecte obligatoires se font souvent par l'intermédiaire des vendeurs finaux, des parcs de recyclage ou d'autres points de collecte.

À l'heure actuelle, le règlement sur la REP et l'obligation de reprise qui en découle s'appliquent déjà dans les trois régions, par le biais de leur propre réglementation régionale, à divers déchets, tels que les piles et accumulateurs, les équipements électriques et électroniques, les véhicules hors d'usage, les vieux pneus, les matelas, les huiles, etc.

Cependant, les trois régions veulent créer un cadre interrégional par le biais d'un nouvel accord de coopération. L'objectif est d'aligner les différentes réglementations régionales sur les REP et d'imposer des obligations aux producteurs qui commercialisent leurs produits au niveau national de manière plus stricte. Ce nouvel accord de coopération identifierait également trois nouveaux produits auxquels la REP deviendrait applicable : les textiles, les meubles et les couchages. En outre, le nouvel accord de coopération introduirait également un dispositif autour de la REP pour les déchets sauvages. L'idée sous-jacente, ici, est que les producteurs de produits qui ont un impact significatif sur les coûts de la literie devraient supporter ces coûts. Les produits suivants sont envisagés : chewing-gum, produits du tabac, lingettes humides et ballons.

Compte tenu du fort impact qu'aura cet accord de coopération, l'avant-projet de ce nouvel accord de coopération a été mis à la disposition des parties prenantes pour consultation en juillet 2022. Les contributions des parties prenantes seront ensuite prises en compte pour aboutir éventuellement à un projet d'accord de coopération révisé qui pourra être soumis aux gouvernements régionaux concernés. Cette affaire sera donc assurément à suivre en 2023.

“Cependant, les trois régions veulent créer un cadre interrégional par le biais d'un nouvel accord de coopération.”

Une correction au régime des mesures correctrices : quelques réflexions pratiques sur la loi du 18 mai 2022.

La présente contribution examine les implications pratiques de la loi du 18 mai 2022 sur la doctrine des mesures correctrices. En effet, une révision du cadre juridique existant à cet égard s'imposait en raison de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

Tout opérateur économique qui est visé par un motif d'exclusion a la possibilité, conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité, malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Avant la loi du 18 mai 2022, un candidat ou un soumissionnaire qui était confronté à un motif d'exclusion devait prendre des mesures correctrices de sa propre initiative.

Et c'est précisément à cet égard que la loi du 18 mai 2022, qui fait suite à un arrêt du 14 janvier 2021 de la Cour de justice (C-387/19), a modifié substantiellement l'article 70 de la loi précitée relative aux marchés publics. En effet, les nouvelles règles distinguent désormais les motifs d'exclusion obligatoires des motifs d'exclusion facultatifs.

Les nouveautés concernent essentiellement le domaine des motifs d'exclusion facultatifs pour lesquels le législateur a désormais posé les principes suivants :

- contrairement à la situation antérieure, il est désormais acquis qu'en principe, la preuve des mesures correctrices éventuelles ne doit plus

être apportée à l'initiative du candidat ou du soumissionnaire (pas même dans le document unique de marché européen (DUME)).

- en d'autres termes, avant d'exclure un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur doit en principe encore donner à l'opérateur économique qui est visé par un tel motif d'exclusion la possibilité de présenter des mesures correctrices. C'est le nouveau principe de base.
- si le souhaita, le pouvoir adjudicateur peut déroger à ce principe dans le cahier des charges et continuer à exiger du candidat ou du soumissionnaire qu'il mentionne spontanément ses mesures correctrices prises au début de la procédure d'attribution. Conformément au principe de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait, dans ce cas, indiquer explicitement dans les documents du marché à quels motifs d'exclusion facultatifs cette dérogation s'applique.

“Contrairement à la situation antérieure, il est désormais acquis qu'en principe, la preuve des mesures correctrices éventuelles ne doit plus être apportée à l'initiative du candidat ou du soumissionnaire.”

- il est également intéressant pour les pouvoirs adjudicateurs de savoir que l'exposé des motifs de la loi du 18 mai 2022 demande une attention particulière lors de la définition du champ d'application du motif d'exclusion concernant 'la faute professionnelle grave' (l'article 69, al. 1er, 3^e, de la loi relative aux marchés publics), car ce motif d'exclusion est "*défini dans la loi de manière très générale*" ; en d'autres termes, les pouvoirs adjudicateurs doivent préciser plus en détail ce que signifie exactement pour eux une telle faute professionnelle grave.

En ce qui concerne les motifs d'exclusion obligatoires, le système est plus clair et plus proche de ce qui était appliqué auparavant. En effet, dans un tel cas, le candidat ou le soumissionnaire devra encore être en mesure de démontrer de sa propre initiative au début de la procédure d'attribution (c'est-à-dire dans sa demande de participation ou dans son offre) qu'il a pris des mesures correctrices. Toutefois, toujours en vertu du principe de transparence, cette obligation doit désormais figurer explicitement dans les documents du marché. Cela dit, une simple référence à l'article 70, §2 de la loi relative aux marchés publics peut suffire à cet égard.

Dès lors, les pouvoirs adjudicateurs seraient bien avisés de faire preuve d'une grande prudence dans les mesures qu'ils prennent après avoir établi de tels motifs d'exclusion (et surtout ceux qui sont facultatifs). Ceci est d'autant plus vrai lorsque le motif d'exclusion concerne un tiers sur la capacité duquel le candidat ou le soumissionnaire s'appuie ou comment le principe de proportionnalité triomphe désormais dans la doctrine des mesures correctrices.

“Les pouvoirs adjudicateurs seraient bien avisés de faire preuve d'une grande prudence dans les mesures qu'ils prennent après avoir établi de tels motifs d'exclusion (et surtout ceux qui sont facultatifs).”



Réforme du Code wallon du développement territorial en vue !

Sur son site internet, le Ministre wallon de l'Aménagement du territoire Willy BORSUS a annoncé le 25 octobre 2022 que le Gouvernement de la Région wallonne avait « approuvé, en première lecture, la réforme du Code de développement territorial (CoDT) pour répondre aux défis auxquels notre société est confrontée ». L'avant-projet s'axe autour de cinq points développés ci-après.

1. « Mettre en œuvre l'optimisation spatiale (réduire l'étalement urbain et l'artificialisation) » : « Le texte met en place le concept de centralités comme clef de voute d'une nouvelle politique d'aménagement du territoire qui oriente les projets préférentiellement vers les lieux les mieux équipés. Ces centralités urbaines et rurales seront définies par les Villes et Communes dans le cadre de leurs schémas de développement communaux ou pluri-communaux éventuellement spécifiquement dédiés à l'optimisation spatiale. Un délai de 5 ans est prévu au bénéfice des Villes et Communes pour ce faire. »

2. « [A]brogation du décret du 5 février 2015 relatif aux implantations commerciales, ce qui a pour conséquence que les futurs permis d'implantations commerciales deviendront des permis d'urbanisme » : dans le cadre de ce changement, il convient de relever notamment qu'une enquête publique de 15 jours sera systématiquement menée dans le cadre de la procédure d'octroi d'un permis d'urbanisme pour une implantation commerciale.

3. « Plus de flexibilité dans les charges d'urbanisme » : deux points importants sont à souligner (i) « l'introduction [de] la possibilité pour un promoteur de payer un montant équivalent à la charge demandée » et (ii) « la possibilité d'autoriser la réalisation de charges en nature dans une autorisation distincte du permis chargé ».

4. « [N]ouvelles mesures en matière de lutte contre les inondations » : « Les pouvoirs de tutelle des fonctionnaires délégués seront modifiés pour les autoriser à suspendre les permis qui ne prennent pas adéquatement en considération les risques naturels ou contraintes géotechniques majeurs, parmi lesquels figurent, évidemment, les inondations. » « L'intégration le plus en amont possible de la problématique des risques naturels dans l'élaboration des plans et schémas d'aménagement du territoire. »

5. « Tirer les leçons du Covid » : Nombre de réunions devraient pouvoir désormais se tenir de manière périenne en distanciel afin de favoriser la participation des parties prenantes.

“Le Gouvernement de la Région wallonne avait « approuvé, en première lecture, la réforme du Code de développement territorial (CoDT) pour répondre aux défis auxquels notre société est confrontée ». ”

Négliger la concurrence dans les marchés publics : une erreur absolue lourde de conséquences

Principe fondamental à caractère d'ordre public

Assurer une concurrence suffisante est un principe amarchés publics, dont l'objectif est de donner à chacun une chance égale de se voir attribuer un marché public. Plus que cela, il s'agit même d'un principe d'ordre public.

Cela garantit que la concurrence entre les acteurs du marché (aussi nombreux que possible) peut remplir sa fonction, ce qui permet aux acheteurs de passer des contrats aux conditions les plus favorables et aux fonds publics d'être dépensés de la meilleure façon possible. En d'autres termes, une situation gagnant-gagnant pour les acheteurs et les opérateurs économiques.

Nullité absolue en cas de non-respect de la concurrence

La jurisprudence constante des cours et tribunaux belges montre que le non-respect de la concurrence entraîne la nullité absolue de l'accord sous-jacent pour cause de violation de l'ordre public et d'absence d'objet licite. En outre, cette nullité absolue ne s'applique pas seulement aux marchés publics, mais s'étend plus largement à d'autres contrats publics, tels que, par exemple, un contrat d'emphytéose ou un contrat de concession domaniale.

Un accord qui est frappé de nullité absolue est réputé n'avoir jamais existé. C'est-à-dire que les parties contractantes sont ramenées à l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion de l'accord nul. Cela implique également que ce qui a été réalisé en exécution de ce contrat doit être restitué (en nature ou par équivalent). Toutefois, Le tribunal peut renoncer à la nullité absolue pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

En ce sens, la Cour de cassation, par exemple, s'est prononcée dans son arrêt du 22 janvier 2021 et a indiqué que lorsque la sanction de la nullité absolue serait manifestement inappropriée, en raison du fait qu'il n'y aurait pas d'autre acteur du marché potentiellement intéressé qui pourrait exécuter le marché public, l'annulation d'un marché public ne serait pas en cause (puisque cette concurrence n'a en fait pas été méconnue). Ce faisant, la Cour semble s'être inspirée du nouveau droit des contrats (qui entrera en vigueur le 1er janvier 2023), qui consacre cette possibilité à l'article 5.57 du nouveau Code civil.

Pas de droit à des dommages et intérêts pour le contractant

La méconnaissance de la concurrence n'entraîne pas seulement une sanction de nullité absolue mais affecte également la répartition de la responsabilité mutuelle entre les parties au contrat nul. Par exemple, dans un jugement du 20 avril 2020, le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé qu'une demande de dommages et intérêts du contractant d'une autorité publique, pour rupture de contrat, était irrecevable pour absence d'intérêt légitime. Le tribunal a jugé que le contractant aurait dû savoir que la législation sur les marchés publics devait être respectée, ce qui signifie qu'il ne pouvait pas invoquer son propre comportement pour obtenir un avantage illicite, à savoir des dommages et intérêts.

“Le tribunal peut renoncer à la nullité absolue pour des raisons impérieuses d'intérêt général.”

Le tribunal de première instance d'Anvers, division d'Anvers, a également rendu un jugement similaire le 29 juin 2020, dans lequel il souligne que l'adjudicataire est tenu de s'informer de la légalité du contrat à conclure. En d'autres termes, non seulement la connaissance effective, Mais aussi le fait que l'on aurait dû savoir jouent un rôle dans l'évaluation de la responsabilité du contractant d'un pouvoir public.

“Mais aussi le fait que l'on aurait dû savoir jouent un rôle dans l'évaluation de la responsabilité du contractant d'un pouvoir public.”

D'autres sanctions supplémentaires sont également possibles

Il est clair que le non-respect de la concurrence est lourd de conséquences pour un pouvoir adjudicateur et son contractant. Toutefois, il faudra tenir compte du fait que d'autres sanctions ou des sanctions complémentaires sont également possibles, outre la sanction de nullité absolue, telles que l'obligation de remettre (une partie du) marché en concurrence, la responsabilité pénale ou, pour les marchés publics atteignant les seuils européens, la déclaration d'absence d'effets.

Un homme averti (le pouvoir adjudicateur ou son adjudicataire) en vaut deux.



A wide-angle photograph of a mountain range. In the foreground, dark blue mountain slopes are visible. Above them, several peaks are capped with white snow and partially obscured by wispy, white clouds. The sky above the mountains is a clear, pale blue.

Sur la nécessité d'un test climatique par les autorités chargées de l'octroi de licences: état de la situation

En 2022, le changement climatique est considéré comme un problème social de plus en plus urgent. Cela a conduit à un nombre croissant d'affaires liées au droit climatique, dans lesquelles les pouvoirs publics et même les entreprises privées ont dû assumer leurs responsabilités juridiques dans le cadre de la lutte contre le changement climatique, sous peine de voir leur responsabilité (publique) engagée. Plus concrètement, cet article tente de mettre en lumière, de manière sommaire, l'impact du changement climatique en lien avec les permis intégrés d'environnement.

Un test climatique complet dans le cadre des permis intégrés d'environnement semblait quasi-inexistant en Belgique jusqu'à récemment. En effet, en droit belge, le facteur "climat" est généralement repris de manière sommaire et (trop) générale dans le cadre d'une étude d'impact environnemental ou d'un dossier de dérogation. Cela s'explique probablement par le fait que l'impact concret d'un projet sur le changement climatique est difficile à déterminer, de sorte qu'un test climatique complet reste généralement inapplicable dans la pratique. Toutefois, un renversement de tendance semble s'être amorcé récemment dans la jurisprudence belge par le biais de l'arrêt appelé "station-service", dans lequel le "Raad voor vergunningsbetwistingen" a explicitement reconnu que l'incompatibilité d'un projet avec les objectifs climatiques donne lieu à un refus de permis. Dans l'arrêt précité, le Conseil a fait pour la première fois le lien entre les objectifs climatiques et les objectifs de l'article 1.1.4 du Vlamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO), de sorte que le Conseil semble prendre en considération les intérêts climatiques des générations futures, entre autres, lorsqu'il donne son avis sur l'application de l'article 4.3.4 VCRO.

Il est primordial que le Conseil ait pris en considération les préoccupations climatiques comme un objectif ou un devoir de diligence dans le chef de l'autorité chargée de délivrer les autorisations, tout en reconnaissant que les objectifs climatiques peuvent constituer un "critère d'évaluation essentiel" de la politique locale en matière de licences.

Une nuance importante à cet égard est que l'annulation d'un permis intégré d'environnement en raison d'un conflit avec l'article 1.1.4 VCRO est extrêmement rare, étant donné le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de délivrance des permis. Par conséquent, les répercussions pratiques d'un test climatique qui n'a pas été mis en œuvre de manière adéquate semblent plutôt limitées pour le moment, car le Conseil ne peut que vérifier si le choix effectué par l'autorité de délivrance des licences dépasse les limites du raisonnable. En d'autres termes, le permis intégré d'environnement ne peut être annulé que dans la mesure où le contexte climatique n'a manifestement pas été pris en compte lors de l'évaluation ou dans la mesure où il pèse si lourd qu'il détermine le résultat du processus d'évaluation. Néanmoins, par le biais de l'arrêt susmentionné,

le Conseil semble faire un pas de plus et ouvrir la porte à l'octroi de plus d'importance au test climatique à effectuer, conformément à la tendance internationale vers une plus grande responsabilité juridique en matière de changement climatique.

En outre, il existe un certain nombre d'autres motifs juridiques sur lesquels les juges peuvent se baser afin de mettre certains projets et/ou permis en conformité avec les besoins climatiques qui existent actuellement. Par exemple, d'un point de vue international, il est devenu évident que les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent entrer en ligne de compte dans les affaires climatiques, dans l'intérêt de la génération actuelle et des générations futures, comme l'a reconnu la jurisprudence belge. Ainsi, en termes de permis intégré d'environnement de conception, d'exploitation, etc., les autorités administratives auront (graduellement) un rôle important à jouer dans la mise en place d'une réglementation efficace prenant dûment en compte le changement climatique et la politique climatique souhaitée. De ce point de vue, l'inaction des États membres et/ou des entreprises pourrait entraîner une responsabilité, par exemple à la suite de l'arrêt Dutch Shell. Quoi qu'il en soit, les juges devraient respecter le principe de la séparation des pouvoirs et s'abstenir d'interférer (trop) avec les actions de l'exécutif à cet égard en élaborant leur propre politique climatique. Les considérations climatiques peuvent également alimenter les procédures de permis par l'application des principes généraux du droit de l'environnement tels que le principe de précaution.

Quo qu'il en soit, il est certain que, suivant les tendances jurisprudentielles (inter)nationales, le changement climatique pourrait constituer un critère d'évaluation important en termes de politique d'autorisation. De plus en plus, les juges semblent accorder plus de poids à la mise en œuvre d'un test climatique approprié, aidé par une interprétation flexible/creative du cadre juridique déjà en place.

"Néanmoins, par le biais de l'arrêt susmentionné, le Conseil semble faire un pas de plus et ouvrir la porte à l'octroi de plus d'importance au test climatique à effectuer, conformément à la tendance internationale vers une plus grande responsabilité juridique en matière de changement climatique."

Non-sélection des candidats et/ou soumissionnaires dans un marché public : **attention !**

En tant que pouvoir adjudicateur, avez-vous déjà exclu un candidat ou un soumissionnaire de la participation à une procédure de marché public ? Peut-être avez-vous également opté pour la non-sélection d'un candidat ou d'un soumissionnaire parce qu'il ne répondait pas aux critères de sélection prédefinis ? Une telle évaluation des motifs d'exclusion prévus par la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016 et des critères de sélection énoncés dans les documents de marché est en effet une étape importante dans la procédure de passation d'un marché public. Elle permet à un pouvoir adjudicateur de juger de l'intégrité et de la fiabilité d'un candidat ou d'un soumissionnaire concerné au regard de la bonne exécution du marché. Cette évaluation semble évidente et, surtout, semble relever du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Mais est-ce effectivement le cas ?

A plusieurs reprises, les tribunaux ont condamné un pouvoir adjudicateur n'ayant, à tort, pas sélectionné un candidat ou un soumissionnaire. De même, le Conseil d'État et la Cour de Justice ont récemment réaffirmé qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait s'engager dans un refus de sélection illimité. Vous trouverez à cet égard quelques conseils ci-dessous.

En tant que pouvoir adjudicateur, que faites-vous lorsque vous constatez qu'un candidat ou un soumissionnaire liste des sous-traitants qui ne répondent pas aux critères de sélection fixés ? Au cas où vous opteriez résolument pour la non-sélection de ce candidat ou soumissionnaire, vous risqueriez d'être réprimandé. En effet, dans son arrêt du 14 septembre 2022 (n° 254.492), le Conseil d'État s'est pleinement rallié à la jurisprudence de la Cour de Justice (voir notamment la décision du 6 octobre 2021, C-316/21), sur la base de laquelle un pouvoir adjudicateur est tenu d'exiger d'un candidat ou d'un soumissionnaire le remplacement d'un sous-traitant lorsqu'il est établi que ce dernier, dont il souhaite faire valoir la capacité,

ne répond pas aux critères de sélection prédéfinis. Le Conseil d'État en déduit un droit pour le candidat ou le soumissionnaire de remplacer ce sous-traitant dans tous les cas, afin d'éviter l'exclusion. Un pouvoir adjudicateur agirait donc de manière illégale s'il n'offrait pas cette possibilité et procéderait immédiatement à l'exclusion, *sauf si cela a pour effet d'entrainer une modification substantielle de son offre initiale* (qui doit toujours être appréciée concrètement à la vue des conditions contenues dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution). Selon le Conseil d'État, cette évaluation ne peut se faire qu'après autorisation et introduction du remplacement par le candidat ou le soumissionnaire.

Dans le même ordre d'idée se pose la question de savoir quelle conséquence s'attache à la remise de deux offres séparées par deux sociétés formant une même unité économique, et que ces offres s'avèrent avoir été signées et déposées par la même personne. Encore une fois, il convient de ne pas prendre de décision hâtive en concluant à la non-sélection de ces candidats ou de ces soumissionnaires. La Cour de Justice a mis à jour sa jurisprudence sur la non-sélection des sociétés formant une unité économique dans son arrêt n° C-416/21 du 15 septembre 2022 (voir, entre autres, l'arrêt du 17 mai 2018, C-531/16). Elle a décidé que même les entreprises formant une unité économique peuvent en principe participer séparément à un marché public, dans la mesure où leurs offres sont autonomes et indépendantes. Toutefois, si ces offres sont coordonnées ou concertées, la non-sélection de ces candidats ou soumissionnaires est justifiée au motif qu'elle leur confère un avantage par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires. Or, selon la Cour, le pouvoir adjudicateur doit toujours apprécier concrètement si, dans ce cas précis, les liens entre les soumissionnaires ont effectivement influencé le contenu des offres qu'ils ont présentées.

Cette jurisprudence ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs d'être moins strict dans leur évaluation des motifs d'exclusion et des critères de sélection. Elle signifie plutôt qu'ils ne doivent pas procéder automatiquement ou immédiatement à une non-sélection. Au contraire, cette évaluation exige une analyse concrète des particularités de chaque situation spécifique, dans laquelle le pouvoir adjudicateur doit également faire preuve d'une certaine flexibilité envers les candidats ou soumissionnaires. Si un pouvoir adjudicateur décide finalement de ne pas procéder à la sélection, il est préférable d'inclure cette analyse spécifique dans la motivation afin d'exclure toute discussion ultérieure sur le sujet. Un adjudicateur averti...

“Le Conseil d’État en déduit un droit pour le candidat ou le soumissionnaire de remplacer ce sous-traitant dans tous les cas, afin d’éviter l’exclusion.”

“Elle a décidé que même les entreprises formant une unité économique peuvent en principe participer séparément à un marché public, dans la mesure où leurs offres sont autonomes et indépendantes.”

Le Covid-19 et son impact sur les délais de procédure

Si vous avez des procédures en cours devant les cours et tribunaux dont le fondement du délai d'action est fixé par le législateur wallon, et si ce délai est remis en cause par vous-même ou par la partie adverse, alors l'arrêt de la Cour constitutionnelle rendu le 27 octobre 2022, vous intéresse.

Durant la pandémie du Covid-19, l'ensemble des délais de procédure fixés par le législateur wallon ont été suspendus. C'est à cet égard que la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt confirmant que cette suspension des délais s'appliquait aussi aux délais de procédure devant les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire s'ils étaient fixés par un décret ou un arrêté wallon.

En guise de rappel historique, le 18 mars 2020, est adopté, par le Gouvernement wallon, un arrêté de pouvoirs spéciaux ayant pour effet de suspendre temporairement les délais de rigueur et de procédure fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation wallonnes ou adoptées en vertu de celles-ci ainsi que ceux fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Cet arrêté a été confirmé par l'article 2 du décret wallon du 3 décembre 2020. L'application de cette réglementation donna lieu à une question préjudiciable posée à la Cour Constitutionnelle. Il lui est ainsi demandé, de se prononcer, sur le fait de savoir si ce décret viole le principe d'égalité et de non-discrimination visé par les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (prévoyant le droit au procès équitable et à l'accès à une justice neutre et impartiale) en ce qu'il prévoit la suspension des délais de procédure administrative devant les autorités administratives, mais exclut la suspension des délais de procédure juridictionnelle.

Dans un premier temps, la Cour constate qu'il est uniquement précisé que la suspension s'applique aux délais de procédure fixés par les décrets et règlements de la Région wallonne sans préciser davantage le champ d'application.

Ensuite, elle analyse le délai dont il était question devant le juge *a quo*. Il s'agissait du délai fixé par l'article D. 164 du Livre Ier du Code de l'environnement qui prévoit un délai de trente jours pour l'envoi d'une copie du procès-verbal dressé par l'agent constateur. Il prévoit, en son alinéa 5, que le Code d'instruction criminelle s'applique à la procédure introduite contre les décisions du fonctionnaire sanctionnant. La Cour estime, à cet égard, que l'arrêté de pouvoirs spéciaux doit s'interpréter au regard de ses objectifs. Ainsi, dès lors que le délai est fixé par une réglementation wallonne, il est suspendu même si la procédure à respecter est une procédure judiciaire, régie par référence au droit fédéral.

La Cour en conclut donc que l'article visé par le recours doit s'interpréter en ce sens que les délais d'introduction des recours fixés par les réglementations wallonnes dirigés contre les décisions administratives qui sont introduits devant les juridictions judiciaires, sont également suspendus dès lors qu'ils sont fixés par un décret ou un arrêté wallons. La différence de traitement alléguée n'existe donc pas.

On voit donc ici directement l'impact d'une législation wallonne sur la procédure devant les cours et tribunaux fixée par le législateur fédéral dans le Code judiciaire ou le Code d'instruction criminelle, par exemple.

L'impact de la guerre en Ukraine sur les marchés publics: l'Arrêté Royal du 29 Novembre 2022 offre des nouvelles possibilités pour les contractants

Le 24 février 2022, le monde a été confronté à la réalité des invasions de la Russie en Ukraine. La guerre en Ukraine a non seulement eu un effet humain dévastateur, mais elle a également provoqué d'importantes fluctuations de prix des matières premières telles que l'énergie, l'aluminium, l'acier et le cuivre. Cela a causé des problèmes d'exécution dans les marchés publics en cours. Tant les adjudicataires que les pouvoirs publics ont cherché des moyens pratiques leur permettant de faire face à ces circonstances évolutives. Les questions suivantes se sont alors posées : une clause de révision des prix peut-elle constituer une solution suffisante ? Les fluctuations de prix constituent-elles des circonstances imprévisibles dans le cadre desquelles un marché public peut faire l'objet de modification ? Existe-t-il d'autres solutions de secours pour faire face aux fluctuations de prix des matières premières lorsque le contrat ne contient aucune clause de révision des prix ?

Les adjudicataires et les pouvoirs adjudicateurs peuvent trouver des solutions appropriées au sein des règles régissant l'exécution des marchés publics (l'arrêté royal du 14 janvier 2013). La plupart du temps, les parties peuvent se référer à la clause de révision des prix si celle-ci est prévue dans les documents de marché. Une clause de révision des prix définit les modalités ou les formules de révision des prix en cas de changement de situation économique. Cependant, certaines clauses de révision des prix sont couplées à l'indice national, qui s'adapte parfois trop lentement aux fluctuations quotidiennes. La Cour de cassation a estimé que les parties ne sont pas liées par de telles clauses de révision lorsque celles-ci ne sont plus compatibles avec l'intention initiale des parties.

Ceci concerne par exemple une clause de révision de prix qui n'est pas adaptée aux fluctuations rapides des prix, telle qu'on les connaît à l'heure actuelle. Les parties peuvent donc renégocier cette clause, instaurer de nouveaux paramètres dans celle-ci et utiliser de coefficients de pondération appropriés.

En l'absence d'une telle clause, l'entrepreneur peut invoquer l'existence de circonstances imprévisibles, lorsque l'équilibre contractuel du marché est rompu. De la sorte, il peut adapter les termes du marché public (art. 38/9 de l'arrêté royal). Bien que la disposition légale prévoie que l'entrepreneur doit subir un certain préjudice, la Chancellerie du Service public fédéral estime que dans le contexte de la crise actuelle, il pourrait être opportun de rétablir l'équilibre contractuel lorsque le contrat devient difficile à exécuter. Le SPF précise en outre que les parties peuvent se référer à la marge bénéficiaire "habituelle" d'un secteur particulier pour déterminer l'ampleur du préjudice subi par l'interruption du contrat. Dans le passé, des marchés publics ont déjà été modifiés en raison de l'augmentation anormale

"La Chancellerie du Service public fédéral estime que dans le contexte de la crise actuelle, il pourrait être opportun de rétablir l'équilibre contractuel lorsque le contrat devient difficile à exécuter."



des prix du pétrole et de l'acier ainsi qu'en raison de la rareté de certains matériaux due à la guerre, à l'instabilité politique ou aux changements environnementaux.

En outre, un nouvel Arrêté Royal du 29 novembre 2022 a été adopté très récemment offrant une possibilité de soulagement pour les entrepreneurs. Cet Arrêté Royal prévoit que les entrepreneurs peuvent demander, à partir du 19 décembre 2022, une avance de maximum 20 % de la valeur initiale du marché, TVA comprise. Avec cet Arrêté Royal, l'État belge vise à surmonter d'urgence les problèmes de liquidités des entrepreneurs dans le contexte de la crise économique actuelle en offrant une nouvelle possibilité jusqu'à présent inconnue dans l'exécution des marchés publics.

La révision d'un marché public en raison d'une clause de révision des prix ou de circonstances imprévisibles et recevoir une avance ne peuvent intervenir que dans la mesure où la demande est dûment notifiée par une notification écrite de la partie qui demande cette révision. Si aucun délai contractuel spécifique n'est prévu, la loi exige que la partie requérante notifie à l'autre partie sa demande de révision dans un délai de 30 jours à compter du moment où elle se rend compte de la rupture de l'équilibre contractuel. Comme cela peut prêter à discussion, il est dûment conseillé de réagir rapidement aux fluctuations de prix ou aux pénuries d'approvisionnement de certaines matières. Il est en outre nécessaire d'informer rapidement le pouvoir adjudicateur si un adjudicataire n'est pas en mesure d'exécuter le marché public dans les délais impartis en raison de retards dus à la guerre, afin d'éviter des amendes pour retard d'exécution.

Même si nous espérons tous que la guerre en Ukraine prendra bientôt fin, il est clair qu'il faudra un certain temps avant que tout ne rentre dans l'ordre. Une bonne communication, claire et rapide, entre les parties contractantes est cruciale pour éviter les problèmes d'exécution, les augmentations de prix extrêmes ou encore l'application d'amendes ainsi que des malentendus et frustrations.

“Dans le passé, des marchés publics ont déjà été modifiés en raison de l'augmentation anormale des prix du pétrole et de l'acier ainsi qu'en raison de la rareté de certains matériaux due à la guerre, à l'instabilité politique ou aux changements environnementaux.”

Concurrence par rapport aux spécifications techniques et fonctionnelles dans les cahiers spéciaux des charges dans les marchés publics

La réglementation sur les marchés publics prescrit *la manière dont* les acheteurs doivent acquérir des travaux, services ou fournitures dans le cadre de leurs marchés, et non *ce qu'ils doivent acquérir*. En effet, l'objectif du marché dépend fortement des besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur. Il n'est pas inconcevable qu'un acheteur ait un besoin très spécifique, auquel seul un ou quelques opérateurs économiques peuvent répondre (pensez aux vaccins COVID-19). Néanmoins, les acheteurs pourraient également mettre en place une discrimination illicite par le biais de spécifications très techniques ou fonctionnelles dans les documents de marché. Voici un aperçu concis de certaines préoccupations concernant ce sujet épineux.

Une contrainte procédurale...

Le Conseil d'État fait habituellement preuve d'une grande retenue sur cette question. Il est de jurisprudence constante du Conseil d'État qu'il ne lui appartient pas de réévaluer le cahier spécial des charges ou de substituer son propre avis à celui du pouvoir adjudicateur. Par conséquent, il incombera souvent aux soumissionnaires (potentiels) de démontrer que les spécifications sont définies de manière à favoriser réellement un acteur du marché ou un segment particulier du marché.

... mais pas dans les cas suivants

Toutefois, il est incontestable qu'un cahier spécial des charges ne peut se contenter de faire référence, directement ou indirectement, à une fabrication ou une origine particulière ou à un procédé particulier qui caractérise les produits ou services d'une entreprise donnée, ni à une marque, un brevet ou un type, une origine, une production ou un guide technique particulier. En effet, de telles spécifications favoriseraient ou élimineraient certaines entreprises ou certains produits. Ce n'est que si l'objet du contrat le justifie et qu'aucune autre description suffisamment précise et compréhensible de l'objet n'est possible que de telles indications ou références sont autorisées, mais elles doivent être accompagnées des mots "ou équivalent".

"Il n'est pas inconcevable qu'un acheteur ait un besoin très spécifique, auquel seul un ou quelques opérateurs économiques peuvent répondre (pensez aux vaccins COVID-19)."



Points d'attention conformément à la jurisprudence

Les deux points supplémentaires suivants peuvent être tirés de la jurisprudence du Conseil d'État et de celle de la Cour de justice concernant les spécifications techniques et fonctionnelles dans les cahiers spéciaux des charges :

- Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de toujours définir les spécifications dans le cahier spécial des charges de manière claire, précise et non ambiguë et de telle sorte qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour réaliser l'objet du marché ;
- Bien qu'il n'y ait aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur de motiver dans le cahier spécial des charges les raisons pour lesquelles il donne la priorité à certaines spécifications, le Conseil d'État semble être plus conciliant dans son appréciation des spécifications en question lorsqu'une telle justification (complète) apparaît.

Conclusion

Nonobstant les lignes directrices ci-dessus, dans la pratique, il faudra toujours, compte tenu des faits concrets, évaluer si les spécifications proposées sont ou non restrictives de la concurrence. Les questions pertinentes suivantes peuvent servir de guide :

- Certaines entreprises sont-elles exclues et/ou mises à mal par les spécifications ?
- Les spécifications vont-elles trop loin au regard de l'objectif du marché ?
- Les spécifications sont-elles raisonnablement justifiées ?

Les réponses à ces questions peuvent servir de point de départ pour évaluer la légalité des spécifications techniques et fonctionnelles proposées dans les documents d'un marché et, le cas échéant, pour décider de les contester.

“Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de toujours définir les spécifications dans le cahier spécial des charges de manière claire, précise et non ambiguë et de telle sorte qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour réaliser l'objet du marché ;”

Our public law team



Bob Martens

Partner



Alec Van

Vaerenbergh

Counsel



Bérénice Watheler

Counsel



Lieven Annaert

Counsel



Renaud Thüngen

Counsel



Matthias Stinissen

Senior Lead

Lawyer



Birgit Creemers

Lead Lawyer



Félix Leyman

Lead Lawyer



Fien Wuyts

Lawyer



Andi Zrza

Lawyer



Maëlle Rixhon

Lawyer



Tatyana Lebedeva

Lawyer



Brent Van Sande

Lawyer



Astrid Van Iaer

Lawyer



Gauthier Dresse

Lawyer



Tess Van Gaal

Lawyer



Cédric Martens

Lawyer



Caroline Michiels

Assistant



Katrien

Vanspringel

Assistant



Inez Vande

Velde

Assistant



