

F Concurrence déloyale marchés publics A2 Bruxelles, le 15 décembre 2022
MH/EDJ/JP
892-2022

AVIS

sur

**LA CONCURRENCE DÉLOYALE DE LA PART DES ORGANISMES
(SEMI-) PUBLICS VIS-À-VIS DES PME DANS LE CADRE DE L'EXÉCUTION
DES MARCHÉS (PUBLICS)**

(approuvé par le Bureau le 22 novembre 2022,
entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 15 décembre 2022)

Le Conseil Supérieur des Indépendants et des PME souhaite signaler, de sa propre initiative, différentes formes de concurrence déloyale de la part d'organismes (semi-) publics vis-à-vis des PME dans le cadre de l'exécution des marchés (publics).

Après avoir consulté les commissions sectorielles n° 14 (Professions techniques) et n° 15 (Autres professions libérales et intellectuelles) ainsi que les organisations interprofessionnelles, le Bureau du Conseil Supérieur a émis l'avis suivant le 22 novembre 2022, entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 15 décembre 2022.

CONTEXTE

Le 19 novembre 2021, le gouvernement fédéral a adopté le plan d'action commun en vue de stimuler l'accès des PME aux marchés publics¹. Le Conseil Supérieur avait déjà formulé ses points de vue sur le projet de plan d'action dans son avis du 21 septembre 2021 sur un plan d'action commun en vue d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics². Dans son avis du 17 mai 2022 sur l'évaluation de la Charte « Accès des PME aux marchés publics »³, il s'est également prononcé sur les améliorations qu'il conviendrait d'apporter à la Charte.

Par le présent avis, le Conseil Supérieur souhaite aborder la question de la concurrence déloyale de la part des organismes (semi-) publics à l'égard des PME dans le cadre de l'exécution des marchés (publics).

Oltre les remarques formulées dans son avis précité sur l'évaluation de la Charte « Accès des PME aux marchés publics », il préconise que la Charte prévoie également un volet spécifiquement axé sur la problématique de la concurrence déloyale, ce qui permettrait de stimuler encore davantage l'accès des PME aux marchés publics, en sus des autres possibilités et instruments existants dans la législation. Lorsque cela s'avère utile, le présent avis fait également référence aux points de vue pertinents du Conseil Supérieur tels que formulés dans son avis relatif à la Charte.

POINTS DE VUE

Le Conseil Supérieur distingue les formes suivantes de concurrence déloyale.

A. Absence de concurrence loyale entre les PME et les services publics dans le cadre d'activités identiques à celles des entreprises privées

1. « In house » et coopération horizontale

Certaines formes de collaboration entre les pouvoirs adjudicateurs sont exclues du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics. Ainsi, lorsque certaines conditions sont remplies, les marchés « in house » ne sont en principe pas soumis aux réglementations européennes et nationales relatives aux marchés publics, l'attribution d'un tel marché pouvant être assimilée à l'exécution dudit marché par le pouvoir adjudicateur avec son propre personnel et ses propres moyens.

¹ <https://economie.fgov.be/fr/themes/entreprises/developper-et-gerer-une/acces-des-pme-aux-marches/le-plan-daction-commun>

² Avis n° [851-2021](#) sur un plan d'action commun en vue d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics

³ Avis n° [871-2022](#) sur l'évaluation de la Charte « Accès des PME aux marchés publics ».

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énumère les différentes formes possibles du « in house » ainsi que leurs conditions : le "in house" traditionnel vertical ou descendant (art. 30, §1) ; le "in house" indirect (art. 30, §1, troisième alinéa), le "in house" vertical inversé ou ascendant (art. 30, §2) ; le "in house" horizontal ou collatéral (art. 30, §2) ; et le "in house" conjoint ou coopératif (art. 30, §3).

Afin de pouvoir recourir à l'exception « in house », les conditions suivantes doivent être réunies (cf. article 30 §1) :

- 1° Critère de contrôle : le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;
- 2° Critère d'activité : plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle⁴; et
- 3° Pas de capitaux privés : il n'y a pas de participation directe de capitaux privés au sein de la personne morale contrôlée, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Lorsque une coopération est mise en place entre pouvoirs adjudicateurs sans qu'il ne soit créé une entité nouvelle ou spécialement désignée à cet effet, les coopérations public-public horizontales non-institutionnalisées ne sont pas non plus soumises à la réglementation relative aux marchés publics(art. 31) tant que les conditions sont réunies.

Cette exception prévue par la législation permet donc à certains organismes (semi-) publics qui ont des activités identiques à celles d'entreprises privées d'exécuter un marché sur base du système "in house" ou de la coopération horizontale sans qu'une procédure de passation de marché n'ait eu lieu.

Ci-dessous, nous citons quelques exemples d'activités qui engendrent une concurrence déloyale à l'égard du secteur privé :

- Des a.s.b.l. qui fournissent des plats préparés, et dont le conseil d'administration comprend, entre autres, des autorités communales, des CPAS, des hôpitaux et des écoles. Par exemple, une cuisine (a.s.b.l.) au sein d'un groupe d'écoles. Cette activité occasionne une perte majeure de clients aux PME actives dans le secteur de la restauration collective.
- Les contrôles d'implantation effectués par des agents d'un organisme (semi-) public (commune, province, ...). Ces tâches sont effectuées sans faire appel aux services des géomètres-experts. En effet, le service public confie ce type de missions à des agents "non

⁴ Le pourcentage d'activités est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant la passation du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités. (art. 30, §4)

géomètres-experts", alors qu'elles sont normalement destinées aux géomètres-experts indépendants.

- de par sa connaissance des limites, le géomètre-expert est de facto le seul capable de réaliser de telles missions, même si ce n'est pas explicitement inscrit dans le monopole de ses activités.
- en vertu des responsabilités personnelles liées à l'exercice de sa profession, un géomètre-expert est tenu d'effectuer un minimum de démarches et de vérifications afin de pouvoir garantir une bonne indication de l'implantation.
- Des activités organisées par des organismes (semi-) publics qui ont pour objectif de former davantage de personnes à l'ingénierie de la circulation et qui organisent chaque année un certain nombre d'actions, d'événements et de projets à cette fin. En outre, les activités de ces organismes (semi-) publics peuvent être subventionnées, si bien que les prix qu'ils proposent peuvent être inférieurs au prix du marché. Ces activités concernent entre autres :
 - la formation initiale et continue des moniteurs d'autoécole ;
 - la création de sites web qui permettent de se préparer à l'examen de conduite et pour lesquels des maisons d'édition ont fait d'importants investissements ;
 - l'organisation de formations et d'ateliers destinés aux entreprises.
- Le Conseil Supérieur note que les services d'arbitrage et de médiation sont exclus du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics (art. 28, §1, 3°). Il souhaite toutefois attirer l'attention sur la concurrence déloyale engendrée par le fait que les organismes (semi-) publics attribuent un nombre limité de missions à des médiateurs indépendants . Par exemple, la désignation par le tribunal d'un médiateur agréé possédant des connaissances spécialisées sur l'objet du litige est trop souvent confiée à un avocat médiateur, ce qui implique une concurrence déloyale vis-à-vis des médiateurs agréés indépendants qui ne sont pas agréés en tant qu'avocats (art. 1724 Code judiciaire).

2. Dans le cadre de la participation des organismes (semi-) publics aux marchés publics

Certains organismes (semi-) publics (des intercommunales, des a.s.b.l., etc.) appliquent un prix défiant toute concurrence pour la rétribution des marchés publics, ce qui a pour conséquence que le marché public leur est attribué.

Il peut s'agir d'organismes (semi-) publics créés par une autre structure publique, qui ont pour objectif premier de fournir des services à leur propre organisation, mais qui se présentent également sur le marché privé pour y proposer ces services.

Quand de tels services publics (service technique provincial ou intercommunale, etc.) fonctionnent avec des fonds publics provenant des contribuables via des contributions d'autres services publics (p.ex. les provinces et/ou les communes), cette concurrence est déloyale. Cette concurrence déloyale découle également du fait que les moyens en termes de personnel, de compétences et d'équipements dont disposent ces organismes (semi-) publics sont disproportionnés par rapport au secteur privé. Par conséquent, ils sont en mesure de proposer un tarif exceptionnellement bas afin de remporter un marché public, alors qu'une entreprise travaillant à un tarif équivalent subirait des pertes.

Par ailleurs, les offres à remettre dans le cadre de ce type de marchés publics nécessitent dans de nombreux cas un travail conséquent. Si l'offre n'est pas retenue, le travail effectué par l'entreprise pour la préparation de l'offre est perdu, alors que les organismes (semi-) publics qui répondent à de tels appels d'offres doivent tout de même verser un salaire ou un traitement à leur personnel, que le marché soit remporté ou non.

Quelques exemples d'activités qui donnent lieu à une concurrence déloyale à l'égard du secteur privé :

- Les contrôles d'implantation effectués par les agents d'un organisme public ou semi-public (commune, province, ...). Le prix demandé par ces services publics est jusqu'à trois fois inférieur au prix du marché minimal normal par contrôle d'implantation simple pour une mission minimaliste, ce qui renforce encore la perception que les services effectués par le secteur privé sont plus onéreux. En outre, cette mission est normalement confiée à des géomètres-experts indépendants qui se portent garants de la qualité du service. Souvent, force est de constater que le rapport fourni par les agents des services en question est de moindre qualité, si bien que les bâtiments construits et contrôlés par des agents publics se révèlent par la suite mal implantés, parfois construits sur des propriétés voisines. Il en résulte un affaiblissement de la sécurité juridique des clients, étant donné qu'ils devront résoudre ces litiges à l'amiable ou par voie judiciaire.
- Pour des marchés publics concernant notamment des missions d'étude et des projets d'architecture du paysage relatifs à, entre autres, l'aménagement de l'espace public, des études et la planification paysagère et urbanistique pour des communes, les autorités publiques (e.a. les communes) consultent tant des bureaux privés d'architecture de jardins et du paysage que d'autres organismes (semi-) publics (e.a. un service technique intercommunal ou provincial de la province). Ces derniers disposent en interne d'un bureau d'études employant du personnel. Souvent, les architectes paysagistes et de jardins constatent par la suite, au moyen du rapport d'attribution, que le marché public a par exemple été remporté par le service technique provincial grâce à la rétribution extrêmement basse proposée par ce dernier. Cette concurrence avec les organismes publics est problématique et déloyale, tant en termes de finances que de moyens.
- Dans le cadre de l'attribution d'un marché public touchant au recouvrement de créances, il existe des conditions de concurrence inéquitables entre les sociétés de recouvrement et les huissiers de justice. En effet, en règle générale, voire de manière quasi systématique, aucune distinction n'est opérée entre les services fournis dans la phase amiable et ceux fournis dans la phase judiciaire⁵. Les sociétés de recouvrement relèvent les inégalités suivantes :
 - Inégalité en ce qui concerne la détermination et la comparaison du prix pour l'exécution du marché, les frais des huissiers, visés par l'arrêté royal du 30 novembre 1976, étant expressément exclus du prix :
 - d'une part, les huissiers de justice sont en mesure de proposer un prix particulièrement bas pour la partie amiable du processus de recouvrement, étant donné que l'éventuelle perte sera couverte par les revenus dégagés par la phase judiciaire, pour laquelle ils sont certains d'être payés ;
 - d'autre part, les huissiers de justice ne sont pas tenus de porter en compte une partie des services qu'ils exécutent en leur qualité d'officier public ;
 - Les contrats de recouvrement des sociétés de recouvrement se fondent habituellement sur le principe du « no cure no pay ». Or, les huissiers de justice reprennent régulièrement, dans leur offre pour la phase amiable, des services relevant de la phase judiciaire pour lesquels ils sont directement rétribués et qui ne sont pas soumis au

⁵ Pour les missions judiciaires (telles que la signification d'un acte ou l'exécution forcée d'une décision), l'huissier de justice applique les tarifs fixés par la loi. Pour les matières civiles et commerciales, ce tarif a été fixé par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations. En matière pénale, l'arrêté royal du 23 août 2015 fixant le tarif des prestations des huissiers de justice en matière répressive sur réquisition des autorités judiciaires s'applique. Pour les missions extrajudiciaires, comme le recouvrement amiable de dettes, l'huissier de justice fixe librement son prix, qu'il peut négocier avec son client.

principe du « no cure no pay ». L'exemple le plus flagrant auquel le secteur est confronté est celui des visites à domicile visées à l'article 7 de la loi du 20 décembre 2002 relatif [sic] au recouvrement amiable des dettes du consommateur ; cette visite n'étant cependant effectuée qu'au moment de la signification de la citation, c'est-à-dire au stade judiciaire.

- L'absence de scission entre les prestations amiables et judiciaires engendre également un problème au regard de la vérification des prix, étant donné que les pouvoirs adjudicateurs autorisent les huissiers à justifier leurs prix en tenant compte des revenus générés par les actes posés lors de la phase judiciaire.

3. Points de vue du Conseil Supérieur

Le Conseil Supérieur préconise de tendre vers des conditions de concurrence équitables entre les PME et les organismes (semi-)publics qui proposent des activités similaires, en recourant davantage à la procédure de passation de marchés pour les activités qui sont également proposées par le secteur privé. Il souhaite par conséquent qu'il y ait un moindre recours aux exceptions, y compris la coopération « in house ».

Il renvoie au point 3 de son avis relatif à la Charte, dans lequel il note que le prix (le plus bas) est encore trop important lors de l'attribution d'un marché public et s'avère souvent être un obstacle à la participation des PME. Le Conseil Supérieur est d'avis que le choix de l'offre la plus avantageuse (meilleur rapport qualité-prix) ou du prix le plus bas doit être fait de manière réfléchie et apporter une valeur ajoutée au contrat. Par ailleurs, on constate que les offres sont rarement rejetées en raison d'un prix anormalement bas, étant donné que ce prix n'est pas défini et de plus, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter une offre pour ce motif après une enquête de prix.

Dans ce cadre, le Conseil Supérieur estime utile d'encourager, tel que préconisé sous le point 6 de son avis susmentionné relatif à la Charte, les procédures en deux phases avec un remboursement équitable des frais pour les entrepreneurs non retenus (ainsi, après avoir reçu les demandes de participation, les autorités procéderont d'abord à la sélection qualitative des candidats et au choix des candidats retenus, avant d'inviter ces derniers à soumettre une offre). Une telle démarche permet d'évaluer à l'avance la qualité des services.

Pour les activités « in house », le Conseil Supérieur estime qu'il convient qu'une comptabilité transparente soit tenue et publiée par la personne morale chargée d'exécuter les tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Ainsi, il serait possible de contrôler le critère d'activité de manière efficace et à tout moment (notamment le critère de 80%, cf. art. 30, §1).

Le Conseil Supérieur estime que les organismes publics qui sont également investis d'une mission privée devraient être en mesure d'opérer une distinction entre les ressources (personnel, matériel, etc.) utilisées pour leur mission publique et les moyens destinés aux missions qui ne s'inscrivent pas dans ce cadre. Dans le cas contraire, il peut en résulter une confusion de ces moyens et, partant, une concurrence déloyale. À cette fin, le Conseil Supérieur demande spécifiquement que les organismes (semi-) publics répercutent au moins le coût intégral de leurs ressources (personnel, matériel, etc.), de leurs biens ou services sur leurs tarifs.

Les entreprises dont les offres ne sont pas acceptées devraient recevoir une rémunération pour le travail effectué dans la phase d'offre. En France, cette rémunération est déjà appliquée. Le Conseil Supérieur demande d'examiner cette pratique française et de la transposer dans la législation belge relative aux marchés publics.

Le Conseil Supérieur estime qu'il convient qu'une attention particulière soit accordée au contrôle de la fixation de prix anormaux (par exemple, en ne prenant pas en compte les frais de personnel) et que les données pertinentes en la matière soient déjà soumises avec l'offre.

À cette fin, le Conseil Supérieur souhaite une réglementation légale sur le modèle de la loi néerlandaise '*Markt en Overheid*'⁶ (Marché et Pouvoirs publics), introduisant des règles de conduite contraignantes que les autorités devront respecter quand elles participent au marché privé (entre autres une transparence relative aux ressources publiques utilisées, une obligation de répercuter tous les frais sur le prix de vente et une responsabilité en cas de dérogation au fonctionnement normal du marché).

Le Conseil Supérieur note également que le service (semi-) public doit également veiller à ce que le service puisse être fourni de manière qualitative. Il faut éviter que les règles professionnelles, qui impliquent que l'intervention d'un professionnel reconnu (y compris les architectes et les géomètres) est imposée *de jure ou de facto*, soient contournées. Il est donc demandé de recourir aux services de ces professionnels pour les activités réservées.

B. Concurrence déloyale due aux centrales d'achat (accords-cadres)

Le Conseil Supérieur fait remarquer que des situations de concurrence déloyale peuvent voir le jour lorsque des services publics (e.a. les communes) font appel à des centrales d'achat afin de conclure des contrats de services avec d'autres organismes publics (e.a. les intercommunales). Il renvoie au point 10 de son avis sur la Charte et préconise une grande prudence dans le recours aux accords-cadres. Il souligne entre autres que cela comporte un risque de formation de monopole (un très grand nombre de pouvoirs adjudicateurs peuvent potentiellement y adhérer, le contrat ayant généralement une durée de quatre ans). Par ailleurs, les PME ne participent souvent même pas à la procédure d'attribution (en raison de l'importance du marché, de critères de sélection trop stricts en matière de capacité financière et technique, etc.).

C. Concurrence déloyale dans le cadre des marchés publics pour des attributions partielles

Le Conseil Supérieur rappelle que dans le point 1 de son avis relatif à la Charte, il a considéré que la division en lots devrait devenir un principe essentiel pour rendre les marchés publics plus accessibles aux PME. Il convient cependant d'éviter que pour des marchés partiels, il soit temporairement fait appel à l'expertise d'une entreprise du secteur privé, les autres marchés partiels étant confiées à des organismes (semi-) publics qui reprennent par la suite les connaissances, les idées et les plans de l'entreprise en question.

⁶ Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden

Quelques exemples d'activités qui engendrent une concurrence déloyale à l'égard du secteur privé :

- des autorités locales et des services techniques provinciaux font temporairement appel à l'expertise de bureaux d'études privés d'architectes paysagistes et de jardins par le biais de marchés publics partiels. Par la suite, ces services techniques intercommunaux ou provinciaux récupèrent les connaissances, idées et plans et développent eux-mêmes les projets. Par conséquent, une partie importante des honoraires pour ce type de marchés échappent aux entreprises concernées. En outre, ces dernières disposent des capacités d'analyse et de conception pour réaliser des projets innovateurs ainsi que de l'expertise leur permettant de tenir compte, dans le cadre de leur projet, des différents objectifs sociaux (objectifs environnementaux et climatiques, etc.). Du fait de cette concurrence déloyale, ces capacités sont largement sous-exploitées. De plus, les conseils d'administration desdits services techniques intercommunaux et provinciaux sont souvent composés de responsables politiques issus des autorités locales, ce qui rend plus difficile l'adoption d'une position totalement objective et innovante.

Le Conseil Supérieur appelle à une conduite éthique dans l'attribution des marchés publics.

CONCLUSION

Dans le présent avis, le Conseil Supérieur fait état de plusieurs formes de concurrence déloyale de la part d'organismes (semi-) publics à l'égard des PME dans le cadre de l'exécution de marchés (publics). Il demande de prendre en considération les problèmes causés par cette concurrence déloyale.

Le Conseil Supérieur demande de prévoir dans la Charte « Accès des PME aux marchés publics » un volet dédié spécifiquement à la problématique de la concurrence déloyale et préconise la mise en place d'une réglementation légale sur le modèle de la loi néerlandaise '*Markt en Overheid*' (Marché et Pouvoirs publics), qui permet d'éviter toute concurrence déloyale de la part des autorités lorsque celles-ci exercent des activités économiques.

En outre, il formule les propositions suivantes qui pourraient contribuer à réduire la concurrence déloyale vis-à-vis des entreprises et stimuler davantage l'accès des PME aux marchés publics :

- créer des conditions de concurrence équitables entre les PME et les organismes (semi-) publics qui proposent des activités similaires ;
- encourager les procédures en deux phases avec un remboursement équitable des frais pour les entrepreneurs non retenus ;
- la tenue et la publication d'une comptabilité transparente par les personnes morales exécutant un marché « in house » ;
- répercuter le coût intégral des ressources (personnel, matériel, etc.), des biens ou services dans les tarifs des organismes (semi-) publics qui sont également investis dans des missions privées ;

- l'imposition par le pouvoir adjudicateur d'un prix conforme au marché dans l'appel d'offres ;
 - un contrôle de la fixation de prix anormaux ainsi que la transmission des données pertinentes à cette fin avec l'offre ;
 - octroyer une rémunération pour le travail effectué aux entreprises dont les offres ne sont pas retenues ;
 - exercer une grande prudence dans le recours aux centrales d'achat (accords-cadres) par les pouvoirs adjudicateurs ;
 - il convient de respecter les principes éthiques dans le cadre du recours aux marchés partiels et lors de leur attribution.
-