

bevat, of deelneemt aan de zetel die een dergelijk vormis wijst, vormt geen bedrog of list in de zin van artikel 1140, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek.

## C.E. (6<sup>e</sup> ch., référé), 22 janvier 2019, n° 243.447 et 3 avril 2019, n° 244.166, note E. Leroy

Marché public de services – Procédure ouverte portant sur le recouvrement amiable et judiciaire des créances dues à un groupe hospitalier – Prix anormalement bas – Justification – Secret des affaires – Motivation – Dumping social – Soumissionnaire faisant intervenir une filiale tunisienne – Critères d'attribution effectifs – Pratique du «no cure no pay»

I. On peut admettre que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'imperatifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut, toutefois, être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications (arrêt du 22 janvier 2019).

II. Il n'est pas interdit, dans le cadre de l'exécution d'un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur belge, d'avoir recours, en tant que prestataire et exécutant de ce marché public, aux services d'une filiale établie dans un pays tiers, n'étant pas membre de l'Union européenne. En soi, l'intervention d'une filiale étrangère ne permet ni d'inférer qu'il y aurait violation des obligations en matière de droit social et de droit du travail, ni de suspecter une fraude sociale (arrêt du 3 avril 2019).

III. La circonstance que trois des quatre soumissionnaires ayant déposé une offre régulière se sont vu attribuer la note maximale pour trois des quatre critères d'attribution ne permet pas, à elle seule, de considérer que ces critères, prévus par le cahier spécial des charges, seraient vagues, aléatoires et imprécis, laissant au pouvoir adjudicateur une liberté de choix illimitée, et n'auraient pas été appliqués, voire même auraient été neutralisés pour ne retenir que le critère relatif au prix. De même, ce n'est pas parce que le pouvoir adjudicateur reconnaît, dans une « motivation additionnelle », que ses attentes étaient « somme toute habituelles dans ce genre de contentieux de récupération de créance », qu'on peut en déduire que les critères qualitatifs étaient à ce point diffus qu'il faille les considérer comme irréguliers (arrêt du 3 avril 2019).



IV. En imposant aux soumissionnaires d'offrir un prix forfaitaire par dossier, courant le traitement d'un dossier depuis une phase amiable jusqu'à une éventuelle phase judiciaire, le pouvoir adjudicateur ne méconnaît l'article 2 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice qui fait défense à ceux-ci de partager leurs émoluments avec des tiers ou d'accorder aux créanciers qui les ont mandaté une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés.

S'agissant d'un marché à bordereau de prix dans lequel il faut remettre un prix forfaitaire intégrant l'éventualité de devoir supporter des frais judiciaires irrécupérables, il est inexact de considérer que le cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires de supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs. En effet, il est attendu des soumissionnaires qu'ils privilégient la phase amiable et qu'ils intègrent dans leur calcul du prix forfaitaire le risque d'être confrontés in fine à un débiteur insolvable (arrêt du 3 avril 2019).

Overheidsopdracht voor diensten – Openbare procedure voor de (minnelijke en gerechtelijke) invordering van schulden die aan een ziekenhuisgroep verschuldigd zijn – Abnormaal lage prijzen – Verantwoording – Zakengeheim – Motivering – Sociale dumping – Inschrijver die een Tunesische dochtervennootschap laat optreden – Effectieve gunningscriteria – Praktijk van "no cure no pay"

I. We kunnen aannemen dat een aanbestedende overheid, om redenen die met de vertrouwelijkheid samenhangen, de verantwoordelijkheid van de prijzen beknopt motiveert en ontwijkt is over bepaalde redenen die haar ertoe hebben gebracht om de relevantie van de verantwoordigheden van de prijs te erkennen. Een dergelijke motivatie mag echter niet overdreven laconiek zijn en moet de mogelijkheid bieden om enerzijds na te gaan dat de aanbestedende overheid de ingeroepen verantwoordigheden nauwgezet heeft geanalyseerd en anderzijds te begrijpen om welke redenen zij die verantwoordigheden heeft aangenomen (arrest van 22 januari 2019).

II. Het is niet verboden om bij de uitvoering van een overheidsopdracht die door een Belgische aanbestedende overheid is toegekend, als dienstverlener en uitvoerder van die overheidsopdracht, een beroep te doen op de diensten van een dochtervennootschap die in een derde land, buiten de EU, gevestigd is. Op zich mag men uit het optreden van een buitenlandse dochtervennootschap niet besluiten dat er een schending zou zijn van de verplichtingen inzake sociaal recht en arbeidsrecht, en evenmin veronderstellen dat er sociale fraude zou zijn (arrest van 3 april 2019).

III. De omstandigheid dat drie van de vier inschrijvers die een regelmatige offerte hadden ingediend, de maximumscore krijgen voor drie van de vier gunningscriteria, volstaat op zich niet om te stellen dat die criteria, die in het bijzonder lastenkobier waren voorzien, vaag, wisselvallig of onduidelijk zouden zijn en daarmee de aanbestedende overheid

een onbeperkte keuzevrijheid laten, en niet zouden zijn toegepast, of zelfs zouden zijn geneutraliseerd om de prijs als enige criterium over te houden. Evenzo is het niet zo dat men – omdat de aanbestedende overheid in een "aanvullende motivering" erkent dat haar verwachtingen "al bij al gebruikelijk waren in dit soort geschillen over de invordering van schuldorderingen" – daaruit mag afleiden dat de kwalitatieve criteria dermate onduidelijk waren dat men ze als onregelmatig moet beschouwen (arrest van 3 april 2019).

IV. Door aan de inschrijvers op te leggen dat ze een forfaitaire prijs per dossier moeten opgeven, die de behandeling van een dossier dekt vanaf een minnelijke fase tot aan een eventuele gerechtelijke fase, gaat de aanbestedende overheid niet in tegen artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1976 tot vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders dat hen verbiedt om hun emolumenten te delen met derden of om aan hun cliënten gedeeltelijke of volledige kwijtschelding te geven van hun rechten, kosten of uitschotten.

Als het gaat om een opdracht tegen prijslijst waarbij de inschrijver een forfaitaire prijs moet opgeven die ook de kans omvat dat bij de niet-verhaalbare gerechtskosten zal moeten dragen, dan is het onjuist om te stellen dat het bijzonder niet terugbetaalde gerechtskosten zelf moeten dragen. Er wordt immers van de inschrijvers verwacht dat ze voorrang geven aan de minnelijke fase en dat ze het risico dat ze finaal met een insolvabele debiteur te maken hebben, in de berekening van hun forfaitaire prijs opnemen (arrest van 3 april 2019).

**Siège: I. Kovalovszky (prés.)**

**Plaid.: M<sup>es</sup> M. Uyttendaele, A. Feyt, O. Jadin, N. Fortemps et C. Molitor**

**En cause: la s.c.r.l. « INT. » contre l'Intercommunale « PP », partie intervenante: la s.a. « V. ».**

(...)

## ARRÊT N° 243.447 DU 22 JANVIER 2019

### I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 décembre 2018, la société d'huissiers « INT. » demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Conseil d'Administration de l'Intercommunale "PP" d'attribuer le marché "Recouvrement créances Intercommunale "PP" à la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) et de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante ».

(...)



### III. Faits

Selon l'exposé de la requête, auquel la partie adverse déclare se référer, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit:

«2. Le 12 septembre 2018, la partie adverse publie un avis de marché au *Bulletin des Adjudications*. Le 14 septembre 2018, un avis est publié au *Journal Officiel de l'Union européenne*. Il vise d'un marché public de services passé par procédure ouverte et portant sur le recouvrement des créances dues à l'Intercommunale "pp".

Il ressort de l'avis de marché et du cahier spécial des charges que: "Sur base de l'évaluation de tous les critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur".

Le cahier spécial des charges énumère les critères d'attribution en pages 9 et 10:

Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché:

N°	Description	Pondération
1	<p><b>Coût</b></p> <p><i>L'attribution des points se réalisera comme suit:</i></p> <p>1/ Ce critère sera évalué sur la base du coût total en EUR TVAC repris dans l'ANNEXE B: INVENTAIRE.</p> <p>2/ Le soumissionnaire présentant le coût TVAC (21%) le plus bas obtiendra le maximum de points pour ce critère. Les cotations des autres soumissionnaires s'effectueront en application de la règle de proportionnalité: Score offre = (Coût de l'offre la plus basse/Coût de l'offre) * poids du critère coût.</p>	40
2	<p><b>Technologie – Informatique – Reporting</b></p> <p><i>Les éléments suivants seront évalués:</i></p> <p>Facilités de consultation on-line des dossiers: mise à disposition d'accès à l'application informatique de l'adjudicataire, vision actualisée en temps réel, recherche sur critères et interactivité de la solution proposée, messagerie intégrée et interactive pour la communication sur les dossiers, suivi de la récupération par dossier (aussi bien en phase amiable que judiciaire), possibilité de suspendre ou de stopper on-line un dossier, accès possible pour plusieurs utilisateurs de l'Intercommunale "pp" en même temps.</p> <p>Outils et technologies informatiques de reporting on-line (dossier par dossier ou global pour l'ensemble des dossiers (module statistiques), diversité des clés de recherche (y compris par date de cession par l'Intercommunale "pp"), convivialité de la solution proposée et pertinence des rapports disponibles.</p> <p>Adéquation aux exigences informatiques de l'Intercommunale "pp": capacité de traitement des données et flexibilité d'adaptation au format de fichier, intégration des fichiers fournis par l'Intercommunale "pp", communication de paiements reçus à l'Intercommunale "pp" et réintégration des données traitées par l'adjudicataire dans la base de données de l'Intercommunale "pp".</p>	30

	<i>Moyens de téléphonie (capacité de gestion des appels entrants/sortants, répartiteur d'appels, gestionnaire d'appels, générateur d'appels sortants. Organisation du call center mis à disposition.</i>	15
3	<b>Moyens humains</b>	15
	<i>Les éléments suivants seront évalués:</i>	
	<i>Adéquation des moyens humains, collaborations et compétences par rapport à la réalisation du marché.</i>	
	<i>Responsable de projet, équipe dédiée au traitement des dossiers en phase amiable, en phase judiciaire (ressources disponibles, qualification et compétence des collaborateurs et/ou des sous-traitants).</i>	
4	<b>Méthodologie</b>	15
	<i>Méthodologie détaillée, justification de la procédure amiable proposée et des moyens utilisés. Évaluation dynamique d'enrichissement des données, techniques de filtrage avant et pendant la phase amiable, techniques de filtrage appliquées en vue d'initier la phase judiciaire. Compréhension de la finalité de la phase judiciaire dans le cas spécifique du recouvrement des créances de l'Intercommunale "pp" et des objectifs poursuivis par cette dernière.</i>	
	<i>Une charte ébique sera proposée par le soumissionnaire à l'Intercommunale "pp".</i>	

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur la base de l'évaluation de tous les critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

3. Ce même cahier spécial des charges fixe le prix de cette manière:

#### I.4 Fixation des prix

Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.

Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Disposition additionnelle – Détermination et vérification des prix

§ 1. Le prix est renseigné hors TVA et doit être établi pour chaque poste faisant l'objet du marché.

Le taux de TVA, toutes taxes particulières ou primes applicables à chacun des articles doivent être indiqués séparément.

§ 2. Les prix unitaires sont limités à la 2<sup>e</sup> décimale.

§ 3. À la demande de l'Adjudicateur, le soumissionnaire fournit toutes indications destinées à permettre à celui-ci de vérifier les prix offerts.



À cette fin, l'Adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Disposition additionnelle – Éléments repris dans le prix du marché

Le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.

Ainsi, sont inclus, notamment:

- 1- Les frais de transport et d'assurance.
- 2- Les frais administratifs et de secrétariat.
- 3- Les obligations imposées à l'adjudicataire par l'Adjudicateur dans les "conditions techniques" du présent cahier des charges.
- 4- Tous droits, taxes et accises ou impositions quelconques à l'exception de la TVA.
4. Le 23 octobre 2018 la requérante dépose son offre par voie électronique (pièce A du dossier confidentiel de la requérante).
5. En sa séance du 26 novembre 2018, le Conseil d'Administration de l'Intercommunale "pp" décide d'attribuer le marché à la s.a. "V." (société de recouvrement de créances), pour le montant d'offre contrôlé de € 396.000,00 HTVA ou € 479.160,00 TVAC.
6. Le rapport d'analyse des offres du 20 novembre 2018 rédigé par le Service des Achats et Approvisionnements auquel la décision de la partie adverse renvoie et qui est considéré comme partie intégrante de la décision motivée d'attribution, indique ce qui suit concernant l'examen des prix anormaux:

"Examen des prix unitaires et totaux anormaux:

CALCUL PRIX UNITAIRES ANORMAUX (HTVA)

Calcul PU moyen sur la base de:

PU le plus bas inclus

PU le plus élevé inclus

Uniquement les postes avec une estimation/PU correspondant à plus de 5% de l'estimation/prix total ont été contrôlés.

Écart maximal: 15,00%

Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS

Conformément à l'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, une vérification des prix a été effectuée et l'Adjudicateur a constaté des prix apparemment anormaux dans les soumissions mentionnées ci-après, Les PU anormaux suivants ont été constatés:

\* Offre n°: 1 de l'ASSOCIATION 'B. & P.' (huissiers de justice)

Poste 1: Frais par dossier: PU offre: € 5,00 (moyenne: € 5,94; écart: - 15,88%)

\* Offre n°: 2 de E.F.C.M. (société de recouvrement de créances)

Poste 1: Frais par dossier: PU offre € 2,50 (moyenne: € 5,94; écart: +110,30%)

\* Offre n°: 4 de 'INT'. (société d'huissiers de justice)

Poste 1: Frais par dossier: PU offre: € 3,74 (moyenne: € 5,94; écart: - 37,08%)

\* Offre n°: 7 de V. (société de recouvrement de créances)

Poste 1: Frais par dossier: PU offre: € 1,98 (moyenne: € 5,94; écart: - 66,69%)

Conformément à l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017, les soumissionnaires concernés ont, dès lors, été invités par recommandé, en date du 30 octobre 2018, à expliquer et motiver le montant de leur soumission pour le poste du présent marché. L'Adjudicateur a reçu les justifications des prix des différents soumissionnaires concernés dans le délai prévu".

7. La comparaison des offres par rapport aux critères d'attribution se présente de cette manière: [...]

8. Le classement final des offres établi par la partie adverse est le suivant:

"Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

7 'V.' (société de recouvrement de créances)	100%	€ 479.160,00
4 'INT'. (société d'huissiers)	81,18%	€ 905.080,00
1 ASSOCIATION 'B. & P.' (huissiers de justice)	75,84%	€ 1.210.000,00
2 EFMC (société de recouvrement de créances)	56,34%	€ 3.025.000,00
3 FL. INCASSO (société de recouvrement de créances)	52,18%	€ 1.573.000,00

\* Montants contrôlés

Considérant que le Service des Achats et Approvisionnements propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en se fondant sur le meilleur rapport qualité-prix), soit 'V'...., pour le montant d'offre contrôlé de € 396.000,00 HTVA ou € 479.160,00 TVAC (21%);".

Le Conseil de l'Administration de l'Intercommunale "pp" (groupe hospitalier) a décidé, lors de sa séance du 26 novembre 2018 d'attribuer le marché à la société "V." (société de recouvrement de créances). Il s'agit de l'acte attaqué».

(...)



## IV. Premier moyen

### VI.1. Thèses des parties

#### A. La requête

Le premier moyen est pris « de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « la partie adverse n'a pas exposé dans sa décision d'attribution les raisons pour lesquelles elle considère que le montant total de l'offre de l'attributaire ne présente pas de caractère anormal »,

alors que « le prix remis par l'attributaire paraît manifestement anormal et que son offre aurait donc dû être écartée », et que, « à titre subsidiaire et en toute hypothèse, il appartenait à la partie adverse de vérifier concrètement la normalité du prix remis par l'attributaire et d'indiquer dans sa décision d'attribution les raisons pour lesquelles elle a admis les justifications présentées par ce dernier ».

La requérante soutient que les articles 33 et 36, § 3, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017 n'ont pas été respectés.

Elle expose à ce propos ce qui suit :

« 14. En effet, la partie adverse n'indique pas les raisons pour lesquelles elle considère que le prix de 479.160,00 € TVAC proposé par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) ne présente pas de caractère anormal.

Ce prix paraît pourtant manifestement anormal, dès lors qu'il est pratiquement deux fois plus bas que celui de la requérante – classée en seconde position – et plus de trois fois plus bas que la moyenne des prix de l'ensemble des offres déposées, qui s'élève à 1.438.448 €.

15. Le pouvoir adjudicateur possède un indéniable pouvoir d'appréciation lors de l'appréciation du caractère anormal du prix. Cela ressort notamment de plusieurs arrêts de Votre Conseil (C.E. n° 242.936 du 14 novembre 2018 précité, C.E. n° 241.714 du 5 juin 2018, s.a. *Servitex*, C.E. n° 231.227 du 18 mai 2015, s.a. *Galère et s.a. Cei De Meyer*).

Toutefois, cette appréciation peut être mise en doute dès lors qu'il est établi que l'adjudicateur en aurait fait un usage déraisonnable.

Ainsi, il a été jugé que :

« Lorsque face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, conformément aux dispositions de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal

du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable » (C.E. n° 229.457 du 3 décembre 2014, s.a. *Lux Green*).

Si le pouvoir adjudicateur avait réellement procédé à la vérification du prix de l'adjudicataire pressenti, il aurait forcément constaté que celui-ci est manifestement anormal.

16. La différence de prix par rapport aux autres soumissionnaires s'expliquerait, *a priori*, principalement par le fait que l'adjudicataire est une société de recouvrement. Celle-ci n'est, à la différence de la requérante qui est une association d'huissiers de justice, pas contrainte au respect de 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.

Cet arrêté prévoit en son article 2 :

« Il est défendu aux huissiers de justice :

1° d'exiger pour les actes prévus au présent tarif, des droits, vacations, déboursés, indemnités de déplacement ou frais plus élevés que ceux qui y sont fixés ;

2° de conserver plus d'un mois des sommes remises en paiement par un débiteur pour compte d'un créancier.

Il ne peut être dérogé à cette règle qu'en cas d'opposition ou de saisie-arrêt signifiée avant l'expiration du délai précité ;

3° de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères ;

4° d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés [...] ».

Une pratique courante existe entre les sociétés de recouvrement et les huissiers auxquels elles font appel pour la sous-traitance de certaines missions lors de la phase judiciaire du recouvrement. Il s'agit du « *No cure no pay* ». Selon ce principe, l'huissier de justice, sous-traitant de la société de recouvrement ne sera rémunéré que sur ses honoraires payés directement par les débiteurs tandis que la société de recouvrement ne doit pas verser à l'huissier les honoraires irrécupérables engendrés par exemple par une insolvabilité, un règlement collectif de dettes, ou encore une faillite.

Cette pratique, qui est contraire à l'article 2 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 précité, permet ainsi à la société de recouvrement de proposer un taux de recouvrement plus bas, puisque ce dernier ne reprend pas certains honoraires et, donc, de proposer un prix défiant toute concurrence.



Le prix anormalement bas remis par l'adjudicataire pressenti trouverait donc ici une explication.

Dès lors que le prix est un élément essentiel de l'offre, l'irrégularité dont l'offre de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) est entachée est substantielle. Cette offre devait donc être écartée.

17. À titre subsidiaire, et en toute hypothèse, il appartenait à la partie adverse d'exposer, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquelles elle a considéré le prix remis par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) comme n'étant pas anormal, au regard des justifications données par ce dernier à sa demande.

Une absence de vérification de prix constitue, en effet, un moyen sérieux. La jurisprudence de Votre Conseil est claire à ce sujet :

"L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 précitée a trait à la vérification des prix par le pouvoir adjudicateur et la partie requérante soutient dans son moyen en quoi elle considère que la partie adverse se serait bornée à accepter la justification des prix apportée par l'attribuaire sans les vérifier et sans le motiver dans l'acte attaqué. En cela, le moyen est recevable" (C.E., n° 242.147 du 26 juillet 2018, *s.p.r.l. Nonet*).

En l'occurrence, la partie adverse ne motive pas dans sa décision d'attribution les raisons pour lesquelles elle considère que le prix de 479.160,00 € TVAC proposé par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) ne présente pas de caractère anormal.

Il convient dès lors de s'interroger sur la vérification concrète du prix anormal proposé. Cette vérification ne semble pas avoir été effectuée.

Pour l'ensemble des motifs précités, le moyen est, en toute hypothèse, sérieux.

## B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

«3. Il ne peut être contesté que la partie adverse a constaté l'existence de prix anormaux de manière statistique.

Elle a donc interrogé les soumissionnaires qui ont tous répondu. La partie adverse a étudié ces justifications et a considéré sur ces bases que les prix étaient normaux.

La partie requérante n'a pu se méprendre sur cette conclusion à partir du moment où l'offre des cinq soumissionnaires était déclarée régulière.

4. La partie requérante estime que la partie adverse aurait fait un usage déraisonnable du pouvoir d'appréciation qui est le sien dans l'analyse des justifications reçues.

Elle présume, pour ce faire que la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) ne respecterait pas l'arrêté royal du 30.11.1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matières civile et commerciale.

Elle ne démontre cependant nullement ces supputations qui s'apparentent à un procès d'intention à l'encontre de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances).

Le Conseil d'État trouvera dans l'offre de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) un protocole de collaboration entre celle-ci et ses huissiers de justice sous-traitants qui ne laisse nullement apparaître ce genre de pratique [...].

Le prix proposé par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) n'est par ailleurs pas en relation avec un taux de recouvrement, comme le prétend la partie requérante; il consiste en un prix par dossier confié.

La partie requérante se rend bien compte de ce qu'il s'agit seulement de supputation puisqu'elle utilise le conditionnel à l'avant-dernier alinéa du point 16 de sa demande de suspension d'extrême urgence [...].

5. Il est vrai que la partie adverse n'a pas motivé outre mesure les raisons qui l'amenaient à considérer que le prix de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) n'était pas anormal.

Il faut cependant avoir égard au caractère confidentiel des explications remises par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances), ce caractère confidentiel étant vanté expressément à chaque page de sa lettre contenant ses justifications [...].

Chacun des soumissionnaires souhaite connaître les "secrets" des autres, en termes d'organisation, de développement informatique, soit des données qui sont considérées par les soumissionnaires, comme tout à fait confidentielles, relevant du secret des affaires.

Il était donc particulièrement difficile voire impossible, de motiver le caractère normal du prix de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) sans révéler ces secrets des affaires.

C'est la raison pour laquelle la partie adverse n'a pu motiver, plus avant cet aspect des choses.

6. En déclarant l'offre de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) régulière, la partie adverse a implicitement reconnu que les justifications apportées par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) lui paraissaient convaincantes et de nature à permettre une exécution correcte du marché.

Il faut par ailleurs rappeler que le Cahier Spécial des Charges prévoyait la fourniture de références dans le cadre de marchés similaires, références qui ont été apportées notamment par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) et un contact pris par la partie adverse



avec un autre pouvoir adjudicataire référencé par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) a permis de vérifier la bonne réalisation du recouvrement de créance.

Certes, la partie adverse ignore le coût sollicité par la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) dans le cadre dudit marché de références, la discussion portant uniquement sur la qualité du travail.

Cependant, dans la mesure où il ressortait d'un tel contact que la s.a. "V." (société de recouvrement de créances) effectuait sur un marché similaire un travail sérieux et que les justifications apportées par celle-ci permettaient de comprendre le prix, certes fort bas, proposé par elle, sans craindre une impossibilité future d'exécution du marché, la partie adverse a pu conclure à la régularité de l'offre de la s.a. "V." (société de recouvrement de créances).

7. En tout état de cause, au niveau de l'attribution du marché, celui-ci doit paraître pouvoir être exécuté par l'adjudicataire, grâce au prix annoncé.

Pour le surplus, cela relève de l'exécution du marché qui constitue une autre problématique. [...].

### C. Thèse de la requérante en intervention

La société «V.» (société de recouvrement de créances) fait valoir ce qui suit :

«6. En l'espèce, il est incontestable, ceci apparaissant notamment de l'acte attaqué [...], que la partie adverse a, préalablement à l'adoption de l'acte attaqué, procédé à une vérification des prix, au sens de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 visée au moyen. Dans ce cadre, la partie adverse a interrogé 4 soumissionnaires, soit l'association "B. & P." (huissiers de justice), "EF" (société de recouvrement de créances), "INT." (société d'huissiers), et enfin la requérante en intervention.

La requérante en intervention a répondu à cette demande en transmettant, le 15 novembre 2018, un document de 12 pages, étant la justification du prix proposé.

Ce document, qui, à la demande du pouvoir adjudicateur, vient compléter l'offre, doit au même titre que l'offre de la requérante en intervention elle-même, être considéré comme confidentiel, cette confidentialité devant être respectée dans le cadre du présent recours, et ce conformément aux articles 26 et 33 de la loi du 17 juin 2013 visée au moyen.

Ce document mentionnait d'ailleurs explicitement, en page 3, qu'il était strictement confidentiel. Dans ce document, la requérante en intervention a indiqué d'une part comment elle optimisait les volumes de dossiers confiés dans le cadre d'une mission de recouvrement, par le biais d'ajouts de créances dans un dossier existant, et par le biais de fusions de dossiers. Elle a par ailleurs justifié de manière extrêmement précise le coût de traitement d'un dossier, en donnant

des précisions en ce qui concerne la durée moyenne de traitement humain d'un dossier, ainsi que des précisions sur les coûts salariaux effectivement supportés, compte tenu de l'intervention, mentionnée dans l'offre, de la filiale de la requérante en intervention établie en Tunisie. Elle a enfin exposé la manière dont elle couvrirait le risque financier lié aux frais d'huissier de justice exposés dans l'hypothèse d'une insolvabilité constatée après réalisation de la phase judiciaire.

L'acte attaqué mentionne à cet égard, et pour l'ensemble des justifications, qui ont été apportées au pouvoir adjudicateur, ce qui suit [...]: "Conformément à l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017, les soumissionnaires concernés ont, dès lors, été invités par recommandé, en date du 30 octobre 2018, à expliquer et motiver le montant de leur soumission pour le poste du présent marché. L'Adjudicateur a reçu les justifications des prix des différents soumissionnaires concernés dans le délai prévu".

Il faut relever qu'aucune des 4 offres déposées par les soumissionnaires à qui des justifications ont été demandées n'ont, par la suite, été écartées. Il faut en déduire qu'ayant reçu les justifications qu'elle avait sollicitées, s'agissant des prix remis par les 4 soumissionnaires concernés, la partie adverse a considéré que les prix en question ne présentaient pas de caractère anormal.

On peut souligner qu'il a été jugé, à propos des dispositions visées au moyen relatives à la vérification des prix, dans un arrêt n° 238.961 du 21 juillet 2017, s.a. *Kose Cleaning*, que :

"S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix".

On peut donc considérer en l'espèce, qu'il a bien été procédé à la vérification des prix.

7. Au surplus, il apparaît que l'argument invoqué par la requérante pour tenter de démontrer que le prix de la requérante en intervention est anormal, sont dénués de tout fondement.

Ainsi, la requérante fait-elle valoir que le soumissionnaire, à qui le marché a été attribué, en l'occurrence la requérante en intervention, n'est pas un huissier de justice, et a dès lors fait application, dans ses relations avec les huissiers de justice qui seront ses sous-traitants dans l'exécution du marché, du principe "*No cure no pay*". Plus précisément, elle fait valoir que la requérante aurait prévu de ne pas verser aux huissiers, avec qui elle serait amenée à collaborer, les honoraires irrécupérables (engendrés par exemple par une insolvabilité, un règlement collectif de dettes, ou encore une faillite). La requérante y voit l'explication des prix bas proposés par la requérante en intervention.

Ce faisant, la requérante procède à l'égard de la requérante en intervention par pur procès d'intention. Ce reproche n'est d'ailleurs étayé par aucun élément objectif.



«V.» (société de recouvrement de créances) a démontré dans son offre, mais également dans sa justification de prix [...], quels étaient les éléments et la méthodologie qu'elle applique, lui permettant de supporter le risque financier lié à la prise en charge des frais d'huissiers de justice, dans des dossiers où, la phase de recouvrement judiciaire ayant été activée, ceux-ci ne peuvent être récupérés auprès des débiteurs.

Contrairement à ce que soutient la requérante, «V.» (société de recouvrement de créances) n'applique pas le principe «*No cure no pay*» dans ses relations avec les huissiers de justice à qui elle fait appel, dans le cadre de la phase judiciaire de recouvrement.

8. En réalité, les prix de «V.» (société de recouvrement de créances) étaient parfaitement justifiés, rien ne permettait de considérer qu'ils seraient anormaux. Le moyen n'est pas sérieux».

## VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le rapport d'examen des offres, qui est considéré comme partie intégrante de la décision attaquée, indique qu'une vérification des prix a été effectuée et que des prix apparemment anormaux ont été constatés dans plusieurs offres, notamment celle de la société «V.» (société de recouvrement de créances), laquelle mentionne un prix unitaire par dossier de 1,98 euro, alors que le prix unitaire moyen est de 5,94 euros, l'écart étant donc de - 66,69%. Ledit rapport énonce ensuite ce qui suit :

«Conformément à l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2017, les soumissionnaires concernés ont, dès lors, été invités par recommandé, en date du 30 octobre 2018, à expliquer et motiver le montant de leur soumission pour le poste du présent marché. L'Adjudicateur a reçu les justifications des prix des différents soumissionnaires concernés dans le délai prévu».

Il résulte de la demande de suspension ainsi que des débats à l'audience que le courrier de la société «V.» (société de recouvrement de créances) du 15 novembre 2018 contenant des justifications de prix, et dont tant la partie adverse que la requérante en intervention sollicitent la confidentialité, n'était pas joint au courrier de notification de la décision attaquée.

On peut admettre que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut, toutefois, être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications.

En l'espèce, la décision attaquée ne contient aucun élément permettant de comprendre ces raisons. Il ne peut même pas s'en déduire que l'autorité aurait procédé à l'examen des justifications de prix. À cet égard, c'est en

vain que la partie adverse fait valoir qu'en déclarant l'offre de la société «V.» (société de recouvrement de créances) régulière, elle aurait «implicitement reconnu que les justifications apportées par [celle-ci] lui paraissent convaincantes et de nature à permettre une correcte exécution du marché». En tout état de cause, si la société «V.» (société de recouvrement de créances) expose, tant dans sa requête en intervention qu'à l'audience, les éléments figurant dans son courrier du 15 novembre 2018, qui justifieraient, selon elle, le prix indiqué dans l'offre, ces considérations ne permettent pas de remédier aux lacunes de la motivation de la décision attaquée.

Le moyen est sérieux.

(...)

## Par ces motifs,

Le Conseil d'État décide :

(...)

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la délibération du conseil d'administration de l'Intercommunale «PP» du 26 novembre 2018 attribuant à la société «V.» (société de recouvrement de créances) le marché relatif au recouvrement de créances dues à l'Intercommunale «PP» tant pour le secteur hospitalier que pour le secteur non hospitalier.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

(...)

## ARRÊT N° 244.166 DU 3 AVRIL 2019

### I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 mars 2019, la société d'huissiers «INT.» demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision du Conseil d'Administration de l'Intercommunale "pp" d'attribuer le marché "Recouvrement créances Intercommunale 'pp'" à la s.a. "Y." (société de recouvrement de créances) du 4 février 2019, à la suite du retrait de la première décision d'attribution adoptée le même jour».

(...)

### III. Exposé des faits utiles

La requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

«(...)

5. Le 26 novembre 2018, le Conseil d'Administration de l'Intercommunale «pp» décide d'attribuer le marché à la s.a. «Y.» (société de recouvrement de créances), pour le montant d'offre contrôlée de € 396.000,00 HTVA ou € 479.160,00 TVAC.



Cette décision d'attribution a été attaquée par la requérante lors d'un précédent recours en extrême urgence. [Le Conseil d'État] a, par un arrêt n° 243.447 du 22 janvier 2019, fait droit à la demande de suspension de la requérante [...]. À la suite de cet arrêt, le 4 février 2019, la partie adverse a retiré sa décision du 26 novembre 2018 [...]. Le même jour, la partie adverse a pris une nouvelle décision d'attribution attribuant le marché au même soumissionnaire [...]. Il s'agit de l'acte attaqué.

6. Le rapport d'analyse des offres du 25 janvier 2019 rédigé par le Service des Achats et Approvisionnements auquel la décision de la partie adverse renvoie et qui est considéré comme partie intégrante de la décision motivée d'attribution, indique ce qui suit concernant les justifications obtenues dans le cadre de l'examen des prix anormaux:

**Analyse des justifications reçues.**

N°	Nom	Motivation
1	Association "B. & P." (huissiers de justice)	La réponse détaillée de cette association comprend 8 pages incluant notamment le détail du coût de traitement d'un dossier au fil des différentes étapes, le coût du personnel mis à disposition ainsi que la marge pour frais généraux et bénéfices. Ces informations permettent à l'Adjudicateur d'apprécier que le prix remis ne présente pas de caractère anormal et permet de couvrir le risque financier lié aux frais d'huissier de justice exposés dans l'hypothèse d'une insolvabilité constatée après la réalisation de la phase judiciaire. Les justifications reçues sont donc concrètes, paraissent exactes et pertinentes et sont considérées comme acceptables. Elles paraissent en effet convaincantes et de nature à permettre une correcte exécution du marché. Le secret des affaires empêche l'Adjudicateur de préciser davantage cet aspect.  Il est apparu au cours des débats dans le cadre de la requête introduite notamment par EFCM, un autre problème que celui relatif aux moyens soulevés, concernant la régularité de l'offre de EFCM et après une nouvelle étude du dossier à la lumière des débats devant le Conseil d'Etat, il apparaît que son offre est finalement irrégulière à défaut de justifications suffisantes et probantes.  EFCM précisait en page 9 de sa demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence que: "Aussi, à la lumière des principes jurisprudentiels, il y a lieu de rappeler que, confrontée à une demande d'explication dans le cadre de la vérification des prix anormaux, le soumissionnaire interrogé doit fournir des justifications concrètes et précises qui permettent réellement, pour le pouvoir adjudicateur, de déterminer si le prix
2	"EFCM" (société de recouvrement de créances)	

		proposé correspond aux prestations à accomplir". Sa réponse à la demande de justification ne répond manifestement pas ces conditions. En effet, la réponse d'EFCM comprend 2 pages et se limite à indiquer qu'ils disposent en interne de l'ensemble des outils adéquats leur permettant de déterminer de manière analytique les coûts nécessaires à la gestion d'un dossier de son ouverture à sa clôture; l'existence systématique d'une marge raisonnable par rapport aux coûts forfaitaires d'un dossier à augmenter d'une autre éventuelle marge liée à la gestion de certains dossiers; le développement d'outils statistiques couplé à l'automatisation permettant également de réduire les coûts. Les justifications reçues ne sont pas concrètes et pertinentes. En outre, elles ne permettent pas de déterminer si le prix est exact. Les justifications ne peuvent donc pas être considérées comme acceptables. Ces informations amènent l'Adjudicateur à considérer que le prix remis présente un caractère anormal faute de justifications suffisantes. L'offre d'EFCM doit donc être écartée en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée.	
	4	"INT." (société d'huissiers)	La réponse détaillée de "INT." (société d'huissiers) comprend 5 pages incluant notamment l'explication de sa méthode de travail, le détail des coûts unitaires des différentes actions, le détail d'une marge bénéficiaire brute sur l'ensemble du marché. Ces informations permettent à l'Adjudicateur d'apprécier que le prix remis ne présente pas de caractère anormal et permet de couvrir le risque financier lié aux frais d'huissier de justice exposés dans l'hypothèse d'une insolvabilité constatée après la réalisation de la phase judiciaire. Les justifications reçues sont donc concrètes, paraissent exactes et pertinentes et sont considérées comme acceptables. Elles paraissent en effet convaincantes et de nature à permettre une correcte exécution du marché. Le secret des affaires empêche l'Adjudicateur de préciser davantage cet aspect.
	7	"V." (société de recouvrement de créances)	La réponse détaillée de "V." comprend 12 pages incluant notamment l'explication de sa méthode de travail (optimisation des volumes des dossiers confiés dans le cadre d'une mission de recouvrement, par le biais d'ajouts de créances dans un dossier existant et par le biais de fusions de dossiers ainsi que l'utilisation d'une automatisation très poussée). Par ailleurs, "V." a justifié de manière extrêmement précise le coût de traitement d'un dossier, en donnant des précisions en ce qui concerne la durée moyenne de traitement humain d'un dossier, ainsi que des précisions sur les coûts salariaux effectivement supportés, compte tenu de l'intervention, mentionnée dans l'offre de la filiale établie en Tunisie. Enfin, la justification reçue



expose la manière dont "V." couvre le risque financier lié aux frais d'huissier de justice exposés dans l'hypothèse d'une insolvabilité constatée après la réalisation de la phase judiciaire.

Ces informations permettent à l'Adjudicateur d'apprécier que le prix remis ne présente pas de caractère anormal. Ce prix est également justifié par la plate-forme de reporting qui permet de personnaliser les exportations de données sans intervention humaine de "V.", par le fait que le manager IT est associé dans "V." et que l'outil informatique très fonctionnel, permet d'éventuels développements informatiques très facilement au tarif horaire tunisien et enfin par des développements de reporting spécifiques et autres intégrations qui sont réalisées par le biais de sa filiale tunisienne. Les justifications reçues sont donc concrètes, paraissent exactes et pertinentes et sont considérées comme acceptables. Elles paraissent en effet convaincantes et de nature à permettre une correcte exécution du marché. Le caractère strictement confidentiel, requis par le soumissionnaire, des informations communiquées ainsi que le secret des affaires empêche l'Adjudicateur de préciser davantage cet aspect.

7. La comparaison des offres par rapport aux critères d'attribution se présente de cette manière:

**Comparaison des offres suivant les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges.**

N°	Nom	Motivation	Score
<b>Critère d'attribution N° 1: Coût</b> <b>Appréciation sur 40 points.</b>			
L'attribution des points se réalisera comme suit: 1/ Ce critère sera évalué sur la base du coût total en EUR TVAC repris dans l'ANNEXE B: INVENTAIRE. 2/ Le soumissionnaire présentant le coût TVAC (21%) le plus bas obtiendra le maximum de points pour ce critère. Les cotations des autres soumissionnaires s'effectueront en application de la règle de proportionnalité: Score offre = (Coût de l'offre la plus basse/Coût de l'offre) * poids du critère coût.			
7	"V." (société de recouvrement)	(€ 479.160,00/€ 479.160,00) * 40 = 40	40
4	"INT." (société d'huissiers)	(€ 479.160,00/€ 905.080,00) * 40 = 21,18	21,18
1	"B.& P." (huissiers)	(€ 479.160,00/€ 1.210.000,00) * 40 = 15,84	15,84
3	"FL. INCASSO" (société de recouvrement)	(€ 479.160,00/€ 1.573.000,00) * 40 = 12,18	12,18

<b>Critère d'attribution N° 2: Technologie – Informatique – Reporting</b>	
<b>Appréciation sur 30 points (...)</b>	
"B.& P." (huissiers)	(...)
"INT." (société d'huissiers)	(...)
"V." (société de recouvrement)	(...)
"FL. INCASSO" (société de recouvrement)	(...)

<b>Critère d'attribution N° 3: Moyens humains</b>	
<b>Appréciation sur 15 points (...)</b>	
"B.& P." (huissiers)	(...)
"INT." (société d'huissiers)	(...)
"V." (société de recouvrement)	(...)
"FL. INCASSO" (société de recouvrement)	(...)

<b>Critère d'attribution N° 4: Méthodologie</b>	
<b>Appréciation sur 15 points (...)</b>	
"B.& P." (huissiers)	(...)
"INT." (société d'huissiers)	(...)
"V." (société de recouvrement)	(...)
"FL. INCASSO" (société de recouvrement)	(...)

(...)  
8. Le classement final des offres établi par la partie adverse est le suivant:

**Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)**

N°	Nom	Score	Prix TVAC
7	"V." (société de recouvrement)	100%	€ 479.160,00
4	"INT." (société d'huissiers)	81,18%	€ 905.080,00
1	"B.& P." (huissiers)	78,84%	€ 1.210.000,00
3	"FL. INCASSO" (société de recouvrement)	47,18%	€ 1.573.000,00

**Motivation additionnelle:**

Les soumissionnaires, association "B.& P." (huissiers), "INT." (société d'huissiers) et "V." (société de recouvrement) ont obtenu la cote maximale pour les critères 2, 3 et 4, qui se sont avérés, au vu des offres, finalement assez communs de sorte qu'ils sont facilement respectés par ces trois soumissionnaires spécialisés dans la récupération de créances à grande échelle.

Ces trois soumissionnaires rencontrent donc parfaitement les attentes de l'Adjudicateur, somme toute, habituelles dans ce genre de contentieux de récupération de créance.



L'utilisation de moyens différents (détaillés dans l'analyse des critères) n'empêche pas le respect desdits critères, sans qu'il soit possible pour l'Adjudicateur de les départager au niveau de la cote, tant les moyens proposés par ces trois soumissionnaires paraissent permettre une réalisation aussi efficace du marché en interaction avec les services de l'Adjudicateur.

L'analyse ci-dessus de ces critères démontre que l'Adjudicateur a bien étudié chaque offre de ces trois soumissionnaires et vu les spécificités de chacun, qui ne permettent cependant pas de départager ces trois offres au vu des critères repris au cahier des charges.

Quand cela était possible, l'Adjudicateur a donné une cote inférieure à un autre soumissionnaire démontrant qu'il a bien comparé les offres dans le strict respect du principe d'égalité des soumissionnaires.

Les soumissionnaires peuvent comprendre pourquoi l'Adjudicateur a donné une cote maximale identique à ces trois soumissionnaires en incluant tous les éléments d'appréciation de l'offre conformément aux critères visés par le cahier des charges.

Le Conseil de l'Administration de l'Intercommunale "pp" (groupe hospitalier) a décidé, lors de sa séance du 4 février 2019 d'attribuer le marché à la société "V." (société de recouvrement de créances).

Il s'agit de l'acte attaqué».

(...)

## V. Premier moyen

### V.1. Thèse de la requérante

Le premier moyen est pris de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 7 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que la partie adverse n'a pas procédé à la vérification du respect du droit social lors de l'examen du prix proposé par l'adjudicataire,

alors qu'il lui appartenait de vérifier concrètement le respect du droit social et plus particulièrement, les coûts salariaux, pour lesquels il est simplement indiqué que des précisions à ce sujet ont été données, d'autant plus que le prix extrêmement bas proposé par l'adjudicataire semble manifestement anormal,

et alors que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'attribuer le marché à un soumissionnaire ayant remis un prix qui semble anormal et qu'il ne motive pas à suffisance les raisons pour lesquelles ce prix ne peut être considéré comme anormal.

Après avoir reproduit l'article 7 de la loi précitée du 17 juin 2016 ainsi que l'article 36, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017, la requérante fait valoir que ces dispositions n'ont pas été respectées en l'espèce, la vérification de la régularité devant notamment passer par le contrôle du caractère régulier du prix, ce qui implique de procéder à la vérification du respect du droit social, *a fortiori* lorsque, comme en l'espèce, un soumissionnaire justifie la normalité de son prix extrêmement bas par un recours à une filiale située en dehors de l'Union européenne.

Elle constate que, dans le rapport d'analyse des offres, la partie adverse indique avoir procédé à une vérification de prix et constaté certains prix apparemment anormaux dont le prix proposé par la société «V.» (société de recouvrement de créances), attributaire du marché, lequel s'élève à 479.160 euros et que, sur le vu de la réponse donnée par cette dernière, elle a considéré que le prix en question n'était pas anormal et qu'il se justifiait en raison de l'intervention d'une filiale de «V.» (société de recouvrement de créances), laquelle permettrait de réaliser un grand nombre d'actions demandées dans le cadre de marché, et ce, à un moindre prix, se référant «au tarif tunisien».

La requérante estime que l'intervention d'une filiale tunisienne «inter-pelle, surtout à la vue du prix proposé, qui est 3 fois plus bas que la moyenne des prix proposés par les autres soumissionnaires». Elle souligne que la partie adverse ne cache pas que ce prix est en lien direct avec les coûts salariaux peu importants présentés par l'attributaire, mais qu'elle n'indique cependant pas avoir bien vérifié le respect du droit social en la matière. Selon la requérante, une telle vérification est cependant primordiale et doit en tout état de cause être faite, ainsi que le souligne le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité. Or, souligne-t-elle, le rapport d'analyse des offres est muet à ce sujet, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'a pas vérifié le respect du droit social dans le chef des soumissionnaires et, plus particulièrement, dans le chef de l'adjudicataire pressenti.

La requérante rappelle que tout pouvoir public doit veiller à éviter le dumping social, défini par le Parlement européen comme recouvrant «un large éventail de pratiques abusives intentionnelles et le contournement de la législation européenne et nationale en vigueur (y compris les dispositions législatives et les conventions collectives d'application générale), qui permettent le développement d'une concurrence déloyale en minimisant de façon illégale la charge salariale et les frais de fonctionnement et aboutit à des violations des droits des travailleurs et à l'exploitation des travailleurs». Elle expose que le contrôle du respect du droit social ne doit pas uniquement être opéré au stade de l'exécution du marché, mais bien à tous les stades d'un marché public, en ce compris la passation d'un marché et que, malgré la suspicion de fraude sociale, ici détectée par un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à la vérification du droit social dans le chef de l'attributaire du marché. À cet égard, elle fait valoir que la société «V.» (société de recouvrement de créances), attributaire du marché,



est une société commerciale de recouvrement, qui, pour se prévaloir de ce titre, a simplement procédé à une simple demande d'agrément au SPF Économie, laquelle est automatiquement octroyée et que, « contrairement à ce qui est avancé dans le rapport d'analyse des offres, la société mère se situe en Tunisie et la filiale est située en Belgique », cette dernière n'employant en réalité, selon la Banque nationale de Belgique, que 1,7 équivalent temps plein. Elle estime que, « au vu des 200.000 dossiers du marché à traiter, et étant donné que la «plupart» des employés de l'adjudicataire qui seront amenés à travailler dans le cadre du marché public sont en réalité des employés de la société mère et seront donc rémunérés au salaire tunisien, il y a bien lieu de procéder à la vérification du respect du droit social, laquelle aurait d'ores et déjà dû être faite ».

La requérante ajoute que le non-respect du droit social permet manifestement à la partie adverse de présenter un prix défiant toute concurrence, dès lors qu'il est pratiquement deux fois plus bas que le sien, classé en seconde position, et trois fois plus bas que la moyenne des prix de l'en-semble des offres déposées, qui s'élève à 1.438.448 euros. Elle expose que si le pouvoir adjudicateur possède un indéniable pouvoir d'appréciation lors de l'examen du caractère anormal du prix, cette appréciation peut être mise en doute dès lors qu'il est établi que l'adjudicateur en aurait fait un usage déraisonnable, en commettant une erreur manifeste d'appréciation ou en ne respectant pas l'égalité des soumissionnaires. Elle fait valoir qu'en l'espèce, le rapport d'analyse des offres apporte quelques justifications sur le caractère soi-disant normal du prix présenté mais qu'une majeure partie des justifications est une reproduction mot pour mot des développements de la requête en intervention de la société «V.» (société de recouvrement de créances), déposée à l'occasion de la précédente procédure en extrême urgence. Elle s'interroge dès lors sur la motivation du caractère normal du prix qui se base sur des justifications de l'adjudicataire, lesquelles semblent n'avoir été données qu'*a posteriori*, et, partant, sur l'effectivité même de la vérification des prix. Elle fait valoir que la partie adverse ne peut fonder sa motivation en ayant égard à des justifications fournies ultérieurement par le soumissionnaire, au stade de la procédure en référé, mais seulement sur les éléments en sa possession au moment d'adopter sa décision, qui sont connus et issus du dossier administratif, les explications formulées après le délai offert au soumissionnaire pour justifier son prix devant être considérées comme tardives.

Elle ajoute que si le pouvoir adjudicateur avait réellement procédé à la vérification du prix de l'adjudicataire pressenti, il aurait forcément constaté que celui-ci était manifestement anormal et que, partant, l'offre de la société «V.» (société de recouvrement de créances) aurait dû être écartée.

À l'audience, la requérante, constatant que la partie adverse lui reproche de ne pas apporter la preuve du caractère anormal du prix de l'attributaire, fait en outre valoir qu'il lui serait impossible d'être plus précise dès lors qu'elle ne dispose pas de l'offre de cette dernière. Dans cette perspective, elle demande que soit levée, à tout le moins partiellement, la confidentialité

de cette offre, soulignant qu'elle n'aperçoit pas la raison pour laquelle certains éléments au moins de celle-ci ne pourraient être révélés.

## V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le rapport d'examen des offres, qui fait partie intégrante de la décision attaquée, indique qu'une vérification des prix a été effectuée et que des prix apparemment anormaux ont été constatés dans plusieurs offres, notamment celle de la société «V.» (société de recouvrement de créances), laquelle mentionne un prix unitaire par dossier de 1,98 euro, alors que le prix unitaire moyen est de 5,94 euros, l'écart étant donc de - 66,67%. Il est également précisé que les soumissionnaires concernés ont été invités par courrier recommandé, en date du 30 octobre 2018, à expliquer et motiver le contenu de leur soumission et que l'adjudicateur a reçu les justifications des prix des différents soumissionnaires concernés dans le délai prévu.

La société «V.» (société de recouvrement de créances) a transmis, à titre strictement confidentiel, la justification de son prix par un courrier daté du 15 novembre 2018. Le rapport d'examen des offres indique les éléments repris dans ce courrier, qui lui permettent de considérer que le prix ne présente pas de caractère anormal. Force est donc de relever que, contrairement à ce que soutient la requérante, les justifications reprises dans l'analyse des offres ne sont pas formulées *a posteriori* en reprenant les développements de la requête en intervention dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 243.447 du 22 janvier 2019.

Les éléments pris en considération par la partie adverse sont essentiellement les suivants :

- une méthode de travail optimisant les volumes de dossiers par le biais d'ajouts de créances dans un dossier existant, par le biais de fusions de dossiers ainsi que l'utilisation d'une automatisation très poussée ;
- l'indication précise du coût de traitement d'un dossier, tenant compte de la durée moyenne du traitement humain ainsi que des précisions relatives aux coûts salariaux effectivement supportés, compte tenu de l'intervention de la filiale de «V.» (société de recouvrement de créances) établie en Tunisie ;
- l'existence d'une plate-forme de reporting permettant de « personnaliser les exportations de données sans intervention humaine », le « manager IT » étant associé dans «V.» (société de recouvrement de créances) et l'outil informatique, très fonctionnel, permettant d'éventuels développements informatiques au tarif tunisien.

Le pouvoir adjudicateur estime que ces justifications sont « concrètes, paraissent exactes et pertinentes ». Il les considère comme acceptables dès lors qu'elles « paraissent [...] convaincantes et de nature à permettre une correcte exécution du marché ». Il en résulte en tout cas que la partie adverse a considéré que le recours à la filiale de la requérante établie en Tunisie permettait, au moins en partie, de justifier le prix unitaire contenu dans l'offre



de cette dernière. C'est à tort que la requérante soutient que la société mère se situerait en Tunisie et que la filiale serait établie en Belgique. En effet, il résulte des pièces du dossier que c'est la s.a. «V.» (société de recouvrement de créances), société de droit belge, ayant son siège en Belgique, qui a déposé offre et est l'attributaire du marché. Il est également indiqué dans l'offre de la requérante qu'elle dispose depuis 2009 d'une filiale «Near-shore», «V. Tunisie s.a.r.l.», qu'elle a créée et capitalisée à 100%, et qui a pour mission d'assurer l'activité de contact et de call center, ainsi que le «suivi back office et opérationnel» des dossiers confiés à la s.a. «V.» (société de recouvrement de créances).

La requérante ne soutient pas qu'il existerait une disposition ou un principe en vertu desquels il serait interdit, dans le cadre de l'exécution d'un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur belge, d'avoir recours, en tant que prestataire et exécutant de ce marché public, aux services d'une filiale établie dans un pays tiers, n'étant pas membre de l'Union européenne. Elle n'expose pas en quoi, ce faisant, un adjudicateur méconnaîtrait ses obligations en matière de droit social et de droit du travail et devrait être suspecté de «fraude sociale».

S'agissant de l'allégation de violation de l'article 7 de la loi du 17 juin 2016, précitée, selon lequel «les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II», il convient de relever que le courrier du 15 novembre 2018 comporte des informations relatives aux salaires des agents de la filiale «V. Tunisie» chargés du traitement des dossiers et qu'il en ressort que, sans même compter les avantages dont bénéficieraient également ces agents, leurs salaires s'avèrent largement supérieurs à ce que la requérante indique, dans le deuxième moyen, comme étant le salaire minimum en Tunisie pour un régime de travail de 48 heures par semaine.

Certes, la requérante n'a pu accéder au document précité, dont elle demande la levée, à tout le moins partielle, de la confidentialité. Il convient de souligner que cette demande n'a été formulée qu'à l'audience, alors que le document concerné avait déjà été invoqué par la société «V.» (société de recouvrement de créances) au cours de la procédure d'extrême urgence mue par la requérante à l'encontre de la décision d'attribution du 26 novembre 2018, dont l'exécution a été suspendue par l'arrêt n° 243.447 du 22 janvier 2019. En tout état de cause, la confidentialité du document n'a pas empêché le Conseil d'État d'examiner la thèse soutenue par la requérante, et ce sans lui faire grief de n'avoir développé qu'une argumentation succincte ni de n'avoir pas apporté la preuve du caractère anormal de l'offre de l'intervenante. Dès lors que la demande en cause visait à répondre à de tels

reproches, le Conseil d'État n'aperçoit pas la nécessité, au stade actuel de la procédure, de lever – fût-ce partiellement – la confidentialité du document concerné, et ce, sans préjuger de ce qu'il pourrait advenir du maintien de sa confidentialité dans le cadre d'une éventuelle procédure au fond.

De l'examen *prima facie* auquel il a pu être procédé dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, il apparaît que la partie adverse a pu raisonnablement considérer, sur la base des pièces dont elle disposait, et en particulier, des explications figurant dans le courrier de l'intervenante du 15 novembre 2018, qu'il n'existait pas de suspicion de non-respect du droit du travail et du droit social et ce, tant dans le chef de la société «V.» (société de recouvrement de créances) que de sa filiale.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

## VI. Deuxième moyen

### VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un second moyen de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information, et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, du cahier spécial des charges, en particulier son point I.10, de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que la partie adverse n'a pas utilisé les critères d'attribution du cahier spécial des charges tels qu'ils doivent être prévus selon celui-ci, ce qui a pour conséquence qu'elle dénature ces critères en attribuant une cotation maximale aux trois premiers soumissionnaires et apprécie les offres uniquement sur la base du critère du prix,

alors que les dispositions et principes visés au moyen imposent à l'autorité d'agir avec transparence, dans le respect du principe d'égalité des soumissionnaires, et de ne pas violer les règles que la partie adverse s'est elle-même fixées, à savoir les critères d'attribution.

Elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur a dénaturé les critères d'attribution autres que le critère relatif au prix et qu'il les a neutralisés en affirmant qu'il ne pouvait pas départager les offres au regard des critères 2, 3 et 4, le prix étant le seul critère sur la base duquel les soumissionnaires ont été départagés. Elle relève que si la partie adverse tente certes, dans une motivation additionnelle, d'expliquer les raisons pour lesquelles elle n'a pu départager les offres des soumissionnaires, elle reste en défaut de démontrer *in concreto* les raisons pour lesquelles elle n'a pu départager les offres des soumissionnaires, dès lors qu'elle n'expose pas les points forts et



les points faibles de chacune des offres et se borne à indiquer que « l'Adjudicateur a bien étudié chaque offre de ces trois soumissionnaires et vu les spécificités de chacun ». Il en résulte, selon elle, que la partie adverse a violé le cahier spécial des charges en ne départageant les soumissionnaires que sur la base du prix, et n'a pas adéquatement motivé sa décision d'attribution en ne mentionnant pas effectivement les raisons pour lesquelles elle ne pouvait départager les soumissionnaires.

La requérante soutient par ailleurs qu'à supposer que la partie adverse ait suffisamment motivé les raisons pour lesquelles elle ne pouvait départager les offres, elle aurait en tout état de cause violé le cahier spécial des charges, les offres ne présentant pas les mêmes spécificités.

Ainsi, s'agissant du troisième critère d'attribution relatif aux moyens humains, elle souligne qu'elle-même et la société « V. » (société de recouvrement de créances) obtiennent le même nombre de points, alors que cette dernière indique n'employer qu'1,7 équivalent temps plein (E.T.P.), tandis qu'elle-même emploie 19,9 E.T.P. Elle estime qu'il est anormal de ne pas attribuer davantage de points au soumissionnaire présentant une équipe plus large et disposant de moyens humains plus importants.

S'agissant du quatrième critère, la requérante fait valoir qu'il ressort du cahier spécial des charges qu'un élément fondamental permet de coter ce critère, à savoir « une charte éthique qui décrit les relations du soumissionnaire et de l'Intercommunale "pp" ». Elle relève que le rapport d'analyse des offres ne fait que peu de cas de cette charte, alors que le cahier spécial des charges lui accorde une importance particulière. Après avoir souligné que, pour l'ensemble des soumissionnaires, l'appréciation de cet élément par le pouvoir adjudicateur se limite à indiquer que « la charte éthique rencontre parfaitement les exigences de l'Intercommunale "pp" en la matière : respect des législations en vigueur, importance de la dimension humaine et respect du patient », elle estime qu'il s'agit d'une motivation stéréotypée. Elle s'interroge sur l'effectivité de l'appréciation et de la comparaison des chartes éthiques, qui présentent nécessairement des différences. Après avoir affirmé que « la s.a. "V" (société de recouvrement de créances) est une société tunisienne dont les employés, à l'exception des employés issus de la filiale belge, sont rémunérés au tarif horaire tunisien », elle fait valoir que « l'appréciation du pouvoir adjudicateur est pourtant des plus laconiques quant à cette charte, et ce, malgré les interrogations que devrait soulever le prix extrêmement bas proposé ». Elle estime que, dès lors que la partie adverse « a attribué le marché à une société mère dont le siège se situe en Tunisie et où le salaire minimum est de 140 euros par mois pour un régime de travail de 48 heures par semaine », il est « légitime de se demander si la charte éthique établie par l'attributaire a véritablement été évaluée et comparée aux chartes des autres soumissionnaires ».

Elle ajoute que, par ladite charte, la requérante s'engage « au respect de la protection des données à caractère privé et donc à l'application du R.G.P.D., qui doit nécessairement être respecté lors de l'exécution du marché » et que, « l'attributaire n'ayant pas son siège social en Europe et n'étant pas lié sur

ce point de la même manière que la requérante, il y a également lieu de s'interroger sur la protection des données ».

Elle en conclut que le pouvoir adjudicateur n'a pas apprécié les offres conformément aux critères d'attribution annoncés dans le cahier spécial des charges, qu'il n'a pas mis en évidence les points forts et les points faibles de chacune des offres afin de permettre aux soumissionnaires de comprendre le classement des offres. Elle souligne que « l'application des critères telle que mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur neutralise les critères prévus » et que, partant, les soumissionnaires ont été évalués exclusivement sur la base du prix.

À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il est considéré que la partie adverse a fait une appréciation régulière des critères d'attribution, la requérante soutient qu'il conviendrait de considérer que ceux-ci sont irréguliers. Elle relève que la partie adverse indique dans les motifs de la décision d'attribution que les critères d'attribution sont « finalement assez communs de sorte qu'ils sont facilement respectés par ces trois soumissionnaires » et qu'ils « ne permettraient pas de départager les offres des soumissionnaires ». Elle fait valoir qu'en l'espèce, « les critères d'attribution tels que libellés ne remplissent pas leur fonction de départager de manière objective les offres des soumissionnaires », dès lors qu'ils sont « vagues, aléatoires et imprécis, laissant une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, puisque celui-ci décide finalement, sans l'avoir annoncé, de n'apprécier les offres que sur la base du prix ». Elle en conclut que le cahier spécial des charges est illégal puisque « les critères d'attribution qu'il fixe n'atteignent pas le but fixé, à savoir que le pouvoir adjudicateur détermine l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères prévus, sans laisser à ce dernier une liberté de choix illimitée ».

## VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges définit quatre critères d'attribution :

1. Coût (40 points)
2. Technologie – informatique – reporting (30 points)
3. Moyens humains (15 points)
4. Méthodologie (15 points).

En l'espèce, pour le critère n° 2, trois soumissionnaires ont obtenu la note maximale et un quatrième a obtenu 15 points ; pour le critère n° 3, trois soumissionnaires ont obtenu la note maximale et un quatrième a obtenu 10 points ; pour le critère n° 4, trois soumissionnaires ont obtenu la note maximale, tandis qu'un quatrième a obtenu une note de 10.

Il n'est donc pas exact de soutenir, comme le fait la requérante, que le prix est le seul critère sur la base duquel les offres ont été départagées. La partie adverse a bien utilisé les quatre critères et ne s'est donc pas limitée au coût. Elle a procédé à une comparaison des offres par rapport à chacun



des critères, un des soumissionnaires ayant d'ailleurs obtenu une note inférieure pour chacun des critères.

La circonstance que trois des quatre soumissionnaires ayant déposé une offre régulière se sont vu attribuer la note maximale pour les critères 2, 3 et 4 ne permet pas, à elle seule, de considérer que ces critères, prévus par le cahier spécial des charges, n'auraient pas été appliqués, voire auraient été neutralisés. Force est de relever que la note attribuée, pour chacun de ces trois critères, à chacun des soumissionnaires fait l'objet d'une motivation détaillée permettant de comprendre la manière dont chacune des offres a été appréciée au regard de chacun des critères. En outre, dans une motivation supplémentaire, le pouvoir adjudicateur indique les motifs pour lesquels il lui est impossible de répartir trois des quatre soumissionnaires sur la base des critères en cause. Ainsi, il est indiqué que chacun de ces soumissionnaires rencontre parfaitement les attentes de l'adjudicateur et que « l'utilisation de moyens différents (détaillés dans l'analyse des critères) n'empêche pas le respect desdits critères, sans qu'il soit possible pour l'Adjudicateur de les répartir au niveau de la cote, tant les moyens proposés par ces trois soumissionnaires paraissent permettre une réalisation aussi efficace du marché en interaction avec les services de l'Adjudicateur ». Il en ressort que l'attribution de la note maximale pour trois critères à trois soumissionnaires ne résulte pas d'un défaut de comparaison entre les offres mais bien de la qualité de chacune des offres.

S'agissant de l'analyse de l'offre de la société « V. » (société de recouvrement de créances) au regard du troisième critère d'attribution relatif aux moyens humains, c'est à tort que la requérante soutient que celle-ci renseignerait seulement 1,7 E.T.P.

L'acte attaqué indique à cet égard ce qui suit :

« Les moyens humains disponibles du soumissionnaire (c'est-à-dire de la s.a. « V. » (société de recouvrement de créances)) et/ou de ses sous-traitants (ressources disponibles, qualifications et compétences) décrits par le soumissionnaire paraissent être en adéquation avec les missions et exigences du recouvrement de créance. La société décrit les tâches de chaque fonction et remet un schéma détaillant la structure organisationnelle. La société et sa filiale disposent de 46 personnes dont 4 agents opérationnels spécifiquement dédiés à l'adjudicataire, avec description des diplômes – expériences (master, BAC) et anciennetés. L'offre décrit les partenaires pour la phase judiciaire (54 personnes dont 4 huissiers de justice, 2 suppléants, 2 candidats, 2 stagiaires, 43 employés et une juriste indépendante). Le nombre de personnes travaillant pour une société ne fait pas forcément la qualité de récupération des créances. En effet, il ne faut pas se concentrer sur le seul nombre d'employés belges et il n'est *a priori* pas interdit à la s.a. « V. » (société de recouvrement de créances) de faire appel à la capacité humaine de sa filiale tunisienne lui permettant ainsi de proposer un nombre de personnes suffisant pour récupérer de manière efficace les créances de l'adjudicataire ».

Il semble que la critique de la requérante procède d'une erreur consistant à faire abstraction, pour déterminer les moyens humains dédiés au marché en question, de la filiale tunisienne, ainsi que du réseau d'huissiers de justice avec lesquels la s.a. « V. » (société de recouvrement de créances) a conclu des accords lui assurant l'intervention de ceux-ci dans la phase judiciaire du recouvrement.

S'agissant du quatrième critère, relatif à la méthodologie, la requérante fait grief à l'analyse de l'offre de la société « V. » (société de recouvrement de créances) de faire peu de cas de ce qui, selon elle, constitue une exigence à laquelle le cahier spécial des charges accorde une importance particulière, à savoir l'obligation de proposer une charte éthique qui décrit les relations entre le soumissionnaire et l'Intercommunale « PP ». La requérante dit s'intéresser sur l'effectivité de l'appréciation et de la comparaison des chartes éthiques, qui présentent des différences, en particulier eu égard au fait que la s.a. « V. » (société de recouvrement de créances) est une société tunisienne et que des questions se poseraient, selon elle, quant au respect du droit social et quant au respect des règles relatives à la protection des données.

Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

« Une charte éthique sera proposée par le soumissionnaire à l'Intercommunale « PP ». Elle constituera un des socles de la relation entre le soumissionnaire et l'Intercommunale « PP ». Y figureront le strict respect de la législation en vigueur (nationale et internationale) mais aussi et surtout le respect du patient en veillant, par tous moyens, à ce que la surveillance d'un impayé et la gestion de la procédure y afférente, ne l'empêchent à aucun moment de se diriger à nouveau vers l'hôpital ».

Les critiques de la requérante déduites du prix proposé par l'intervenante et, en particulier, de ce qu'elle fait appel à sa filiale en Tunisie, paraissent dépourvues de pertinence à l'égard de l'appréciation relative au quatrième critère. En effet, il résulte du cahier spécial des charges que la « charte éthique » a essentiellement pour vocation de déterminer la manière dont se fait le recouvrement et que les relations de travail entre le soumissionnaire et son personnel – ou entre le sous-traitant du soumissionnaire et le personnel de celui-ci – y sont étrangères.

Par ailleurs, la société « V. » (société de recouvrement de créances) a pris dans son offre un engagement de respect des données à caractère privé. Ces mesures de protection concernent également la filiale tunisienne.

Enfin, la circonstance que trois critères n'ont pas permis de répartir trois soumissionnaires n'implique pas qu'ils seraient vagues, aléatoires et imprécis, laissant au pouvoir adjudicateur une liberté de choix illimitée. La seule lecture de ces critères, reproduits dans la décision attaquée, est de nature à démentir une telle assertion. Par ailleurs, il convient de souligner que les quatre soumissionnaires n'ont pas tous obtenu les mêmes notes. Enfin, si l'auteur de l'acte attaqué reconnaît, dans la « motivation additionnelle », que ses attentes



étaient « somme toute, habituelles dans ce genre de contentieux de récupération de créance », il ne peut en être déduit que les critères étaient à ce point vagues et imprécis qu'il faille les considérer comme irréguliers.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

## VII. Troisième moyen

### VII.1. Thèse de la requérante

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe d'égalité des soumissionnaires et du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de 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 ce que « le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs », alors que « ce qui est prévu n'est pas conforme à la réglementation applicable en matière de tarification des frais judiciaires ».

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 25. Le cahier spécial des charges prévoit un inventaire pour lequel un seul poste est indiqué : un montant forfaitaire par dossier. Concernant la fixation des prix, il est prévu que :

Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix. Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre. (...) Le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.

Ainsi, sont inclus, notamment :

- 1- Les frais de transport et d'assurance.
- 2- Les frais administratifs et de secrétariat.
- 3- Les obligations imposées à l'adjudicataire par l'Adjudicateur dans les 'conditions techniques' du présent cahier des charges.
- 4- Tous droits, taxes, accises ou impositions quelconques à l'exception de la TVA ».

La partie adverse a transmis aux différents soumissionnaires un document reprenant les réponses aux questions posées dans le cadre du présent marché. Ce document précise que les réponses apportées font partie intégrante du cahier spécial des charges [...].

Certaines questions-réponses permettent de préciser ce que le prix proposé doit comprendre :

### « Question 1 :

Point I.10 Critères d'attribution- le critère 'coût' à renseigner dans l'inventaire porte sur 'un montant forfaitaire par dossier' :

Cela vise-t-il bien un montant forfaitaire par dossier pour la seule phase amiable ?

Réponse : Ce marché vise le recouvrement des créances de l'Intercommunale 'pp'. Nous attendons que vous nous fassiez la proposition la moins-disante. Le montant forfaitaire par dossier couvre le traitement d'un dossier depuis sa transmission jusqu'à sa clôture par l'Intercommunale 'pp'. (...)

### Question 27 :

Point III.1.2 Mission attendue – Nous comprenons bien que tous les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur sont pris en charge par l'Adjudicateur. Est-ce bien correct ?

Réponse : les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur ne seront pas pris en charge par l'Adjudicateur étant donné que nous attendons clairement de l'Adjudicateur qu'il ne propose à l'Intercommunale 'pp' que les dossiers présentant suffisamment de chances d'aboutir en phase judiciaire grâce à la bonne qualité de leur enquête de solvabilité ».

Il ressort de ce document que le pouvoir adjudicateur n'entend donc pas payer aux soumissionnaires les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs.

Les soumissionnaires ont donc dû présenter un prix ne comprenant pas les frais judiciaires irrécupérables, étant donné qu'ils doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires qui ne seraient pas remboursés (frais engendrés par exemple par une insolvabilité, un règlement collectif de dettes, ou encore une faillite).

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 prévoit pourtant que :

« Il est défendu aux huissiers de justice :

1° d'exiger pour les actes prévus au présent tarif, des droits, vacations, déboursés, indemnités de déplacement ou frais plus élevés que ceux qui y sont fixés ;

2° de conserver plus d'un mois des sommes remises en paiement par un débiteur pour compte d'un créancier. Il ne peut être dérogé à cette règle qu'en cas d'opposition ou de saisie-arrêt signifiée avant l'expiration du délai précité ;

3° de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères ;

4° d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés ».



En contraignant les soumissionnaires à devoir supporter certains frais judiciaires, le cahier spécial des charges de la partie adverse viole l'arrêté royal susvisé. Les documents du marché sont donc illégaux.

26. Par ailleurs, pour la bonne forme, la requérante rappelle qu'il ne peut être reproché à la partie requérante d'attaquer le cahier spécial des charges à ce stade de la procédure, sans attaquer la décision d'adopter le cahier spécial des charges. [...] Il résulte des développements qui précèdent que la composition du prix telle que prévue par le cahier spécial des charges n'est pas régulière. Pour ces motifs, le moyen est sérieux».

## VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen tend à reprocher au cahier spécial des charges d'imposer aux soumissionnaires de «présenter un prix ne comprenant pas les frais judiciaires», ce qui, selon la requérante, méconnaît l'article 2 de 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.

Ainsi que l'indique le cahier spécial des charges (III.1.2.1. «Description de la mission»), l'adjudicataire doit «privilégier un règlement amiable des dossiers dans des délais raisonnables», l'objectif étant d'«entamer la récupération judiciaire lorsque les démarches amiables suffisantes ont échoué pour autant que les dossiers aient une réelle chance d'aboutir à un apurement du principal mais aussi des frais exposés».

Le marché attribué par l'acte attaqué est un marché à bordereau de prix, les soumissionnaires devant remettre un prix forfaitaire par dossier. Ce prix doit couvrir l'ensemble des prestations susceptibles d'être fournies par l'adjudicataire dans le cadre d'un dossier, en ce compris, le cas échéant, la phase judiciaire. Il était donc attendu des soumissionnaires qu'ils prévoient, dès l'établissement de leur offre, de privilégier la phase amiable en limitant le recours à la phase judiciaire et, tenant compte de leur expertise en lien avec l'objet du marché, de déterminer le risque d'être confrontés *in fine* à un débiteur insolvable en l'intégrant dans le prix forfaitaire.

Dès lors que les soumissionnaires devaient remettre un prix intégrant l'éventualité de devoir supporter des frais judiciaires irrécupérables, il suffit de considérer, dans les limites de l'examen auquel il peut être procédé en extrême urgence, que l'affirmation de la requérante selon laquelle «le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs» est inexacte. Partant, le troisième moyen n'est pas sérieux.

(...)

### Par ces motifs,

Le Conseil d'État décide:

(...)

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

(...)

## NOTE

### Commande publique et croque-mitaines

#### I. Marché public et services d'huissier de justice

□ En guise de préambule, il convient de souligner que l'obligation de recourir à un marché public lorsque l'objet de la commande porte sur des prestations d'huissiers dépend des circonstances ou plus précisément des services qui sont attendus.

Ainsi, l'article 28, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, d) et e), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, énonce que «les services juridiques fournis par des [...] prestataires désignés par une juridiction [...] ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions» de même que «les [...] services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique» échappent à cette législation.

Dans son avis du 8 novembre 2016 intitulé «Nouvelle loi relative aux marchés publics et son application aux services fournis par des huissiers de justice», la Commission des marchés publics a précisé que l'exclusion du champ d'application de la législation sur les marchés publics ne vaut pas pour tous les services fournis par les huissiers de justice. Il faut en effet faire la distinction entre les tâches «judiciaires», lorsque l'huissier agit en qualité de mandataire judiciaire<sup>1</sup> ou lorsqu'il est requis de signifier un exploit ou de mettre à exécution un titre d'exécution<sup>2</sup>, qui ne sont pas soumises à la législation sur les marchés publics, et les autres tâches non monopolistiques qui elles y sont par contre soumises<sup>3</sup>.

Selon la Commission des marchés publics, en cas de marché mixte portant à la fois sur des services judiciaires et sur des prestations non monopolistiques, il faut respecter la loi sur les marchés publics<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Il est alors désigné par une juridiction.

<sup>2</sup> Il est alors investi par la loi mais sous le contrôle des juridictions (juge des saisies pour la légitimité et la régularité des saisies conservatoires et voies d'exécution et juge ordinaire pour les actes introductifs d'instance ou autres exploits). Sont concernées les missions monopolistiques visées à l'article 519, § 1<sup>er</sup>, C. jud.

<sup>3</sup> Sont concernées les missions résiduelles non monopolistiques visées à l'article 519, § 2, C. jud., comme par exemple le recouvrement amiable de dettes.

<sup>4</sup> Voyez l'art. 21 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics: «§ 1<sup>er</sup>. Le présent article s'applique aux marchés mixtes qui ont à la fois pour objet des marchés relevant du présent titre et des marchés relevant d'autres régimes juridiques. § 2. Lorsque les différentes parties d'un marché donné sont objectivement inséparables, le régime juridique applicable est déterminé en fonction de l'objet principal dudit marché. § 3. Lorsque les différentes parties d'un marché donné sont objectivement séparables, le pouvoir adjudicateur peut décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou, en revanche, de passer un marché unique. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer des marchés distincts pour les différentes parties, la décision concernant le régime juridique applicable à chacun de ces marchés distincts est adoptée sur la base des caractéristiques des différentes parties en question. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer un marché unique, le présent titre s'applique, sauf disposition contraire de l'article 24, au marché mixte qui en résulte, indépendamment de la valeur des parties qui relèveraient normalement d'un régime juridique différent et indépendamment du régime juridique dont celles-ci auraient



Dans cette lignée, le Conseil d'État a jugé que relèvent notamment des services juridiques liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique les missions pour lesquelles, conformément à l'article 519, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, les huissiers sont seuls compétents et tenus d'exercer leur ministère et pour lesquelles un tarif est fixé par le Roi conformément à l'article 522 du Code judiciaire. Parmi ces missions, figurent la signification de jugements, ainsi que les actes subséquents qui concourent à l'exécution de ces jugements significatifs et participent ainsi de l'exercice de la puissance publique<sup>5</sup>.

2 L'exclusion des tâches judiciaires du champ d'application de la législation sur les marchés publics ne doit toutefois pas conduire à une absence totale de mise en concurrence. La désignation d'un ou plusieurs huissiers de justice doit à tout le moins être décidée « après consultation si possible des conditions de plusieurs [huissiers] mais sans obligation de demander l'introduction d'offres » et la preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur<sup>6</sup>.

## 2. Les faits du litige

Des antécédents épiques

3 En mai 2017, la presse se fait l'écho de divers « manquements » au sein d'une Intercommunale de soins hospitaliers de la région de Charleroi (ci-après l'Intercommunale « PP »)<sup>7</sup>, notamment concernant des procédures de marché public. En réaction, le gouvernement wallon institue une « task-force d'audit et d'investigation »<sup>8</sup> qui confirmera l'existence de « véritables dysfonctionnements ».

normalement relevé. Dans le cas d'un marché mixte contenant des éléments de marchés de travaux, de fournitures ou de services relevant du présent titre ainsi que des éléments de concessions, le marché mixte est passé conformément au présent titre ».

5 C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 14 décembre 2017, arrêt n° 240.196, *Ius & Actores*, 2018/3, p. 35.

6 Même si ce n'est pas expressément prévu pour les huissiers, on comparera avec l'article 125 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui, s'agissant de la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, services juridiques échappant pareillement au champ d'application de la législation sur les marchés publics, précise que les principes de mise en concurrence s'appliquent dans une certaine mesure et requièrent à tout le moins la consultation de plusieurs candidats potentiels paraissant *prima facie* aptes à réaliser les services à prester. Ces services peuvent toutefois bénéficier, au besoin, du régime de la simple facture acceptée lorsque les honoraires sont inférieurs à 30.000 EUR HTVA (art. 92 de la loi du 17 juin 2016).

7 Il s'agit d'une intercommunale regroupant cinq hôpitaux, un réseau de soins ambulatoires (comptant 3 polycliniques et 5 centres de médecins), trois maisons de repos et de soins, un centre d'aide à la jeunesse, un service d'accueil spécialisé pour la petite enfance, six crèches agréées par l'ONE et cinq immeubles à appartements. Le chiffre d'affaires du seul secteur hospitalier s'élève à plus de 427 millions d'euros.

8 L'allure pompeuse des termes laisse comprendre la réalité du malaise, sinon la gravité de la situation.

Entre autres choses, il est question de la désignation furtive, au début des années 2000, d'un huissier de justice carolorégien chargé de récupérer d'importants impayés, situation qui a perdué alors que, depuis 2014 au moins, l'Intercommunale « PP » était informée que la désignation d'un huissier de justice devait faire l'objet d'un marché public<sup>9</sup>.

La situation est d'autant plus embarrassante qu'un manque de vigilance et de surveillance peut aussi être reproché puisqu'en 2015, suite au décès de cet huissier carolorégien, on découvre qu'il a détourné 724.069,54 EUR et s'est au surplus abstenu de faire les démarches nécessaires pour la récupération de créances avoisinant une valeur globale de 3,6 millions.

Le ministre wallon des Pouvoirs locaux met alors l'Intercommunale « PP » en demeure de suivre les recommandations formulées par la task-force en ouvrant « dès que possible » un marché respectant la législation en la matière.

Une première tentative de marché par procédure négociée sans publicité

4 C'est ainsi qu'en février 2018, l'Intercommunale « PP » sélectionne plusieurs huissiers de justice, situés dans la région de Charleroi, et les invite à faire offre dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable<sup>10</sup> visant à désigner deux huissiers pour assurer le recouvrement judiciaire des factures impayées.

La désignation de deux huissiers est motivée par « le nombre important de dossiers à transmettre par trimestre (de l'ordre de 2.000 selon les estimations) » et la nécessité de « répartir le volume sur deux prestataires différents afin d'optimiser les délais d'action et les chances de recouvrement ».

La mission assignée à l'huissier est ainsi décrite :

« L'Intercommunale « PP » désire confier le recouvrement judiciaire de ses créances à un huissier de justice qui aura pour mission : de cerner rapidement et précisément la solvabilité des débiteurs et d'en faire rapport à l'Intercommunale « PP » ; d'entamer, après accord de l'Intercommunale « PP », la récupération judiciaire pour autant que les dossiers aient une réelle chance d'aboutir à un apurement du principal mais aussi des frais exposés ; de veiller à limiter les frais légaux à régler par l'Intercommunale « PP » lorsque l'exécution des jugements ne peut être finalisée ; de maximiser le return ; de respecter dans toutes leurs actions les dispositions légales en vigueur et les règles déontologiques qui s'imposent ».

9 Ainsi qu'on l'a rappelé en préambule, l'obligation de recourir à un marché public lorsque l'objet de la commande porte sur des prestations d'huissier dépend du caractère monopolistique ou non des prestations attendues.

10 La procédure négociée sans publication préalable est une procédure de passation dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Elle est notamment possible lorsque la dépense à approuver n'atteint pas le seuil de 750.000 € (art. 89, § 1, 2°, loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).



«L'huissier, après avoir dressé un rapport de solvabilité du débiteur et après accord de l'Intercommunale "PP", rédige et signifie l'acte de citation au débiteur. L'assignation sera introduite devant le Tribunal compétent, l'huissier collaborera avec l'avocat désigné par l'Intercommunale "PP" pour défendre ses intérêts».

Au rang des exigences techniques, on relève l'obligation pour l'huissier d'ouvrir un compte tiers dédié, d'établir des reportings mensuels, d'utiliser les techniques de l'informatique et, chose plus singulière qui laisse perplexité, de respecter les délais suivants :

- de :
- 24 heures pour signifier 250 dossiers ;
  - 48 heures pour signifier 500 dossiers ;
  - 72 heures pour signifier plus de 500 dossiers<sup>11</sup>.

La singularité ne s'arrête toutefois pas là puisque s'agissant de l'unique critère d'attribution, à savoir le prix, le cahier des charges prévoit ceci :

«Les prix appliqués par l'huissier seront au maximum les prix prévus par l'Arrêté Royal du 30/11/1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale.

*Dès lors, l'huissier proposera un tarif avec ristourne.*

Le choix de l'huissier se portera sur l'offre la plus économiquement avantageuse.

Toutefois, en cas de modification de la législation, l'Intercommunale "PP" autorise l'huissier à proposer une révision de ses prix dans les mêmes proportions.

Une tarification contraire à ce principe ne sera pas prise en considération ».

Alors qu'il est fait référence à bon escient à l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale, l'obligation faite aux candidats de proposer « un tarif avec ristourne » dénote puisqu'elle implique une violation de l'article 2, 4°, dudit tarif qui fait défense aux huissiers de justice « d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés ».

On rappelle à cet égard que les règles tarifaires déterminant et encadrant les émoluments, frais et débours des huissiers de justice intéressent assurément

l'ordre public<sup>12</sup>, de sorte que, même entre huissiers<sup>13</sup>, toute convention contraire au tarif légal est sanctionnée par une nullité absolue<sup>14</sup>.

Par ailleurs, alors qu'il s'agit d'une mission de recouvrement judiciaire, soit une mission monopolistique qui échappe au champ d'application de la législation sur les marchés publics<sup>15</sup>, on ne comprend guère pour quelle raison, le pouvoir adjudicateur choisit néanmoins de recourir à une procédure gouvernée par cette législation.

Une seconde tentative de marché par procédure négociée sans publicité

Manifesterait avisée de la contrariété à l'ordre public qu'induit la clause du cahier des charges invitant les huissiers « à proposer un tarif avec ristourne », l'Intercommunale « PP » lance alors, toujours dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, un nouvel appel d'offres visant à nouveau à la désignation d'huissiers de justice pour le recouvrement judiciaire des factures impayées.

Si la mission reste inchangée, des critères d'attribution différents sont retenus :

1. Le coût d'une enquête de solvabilité 25 points
2. Le contenu des prestations comprises dans l'enquête de solvabilité 30 points
3. Le délai de signification en jours ouvrables (en jours et heures)
  - ↳ pour signifier 250 dossiers 15 points
  - ↳ pour signifier 500 dossiers 15 points
  - ↳ pour signifier 1000 dossiers 15 points

Sous la rubrique « prix », le cahier des charges précise :

« Les prix appliqués par l'huissier seront *au maximum*<sup>16</sup> les prix prévus par l'Arrêté Royal du 30/11/1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale. En outre, le soumissionnaire fournira le coût d'une enquête de solvabilité ».

<sup>12</sup> Cass., 10 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 47 ; Liège (3<sup>e</sup> ch.), 19 avril 2017, *Ius & actores*, 2017/1-2, p. 35.

<sup>13</sup> Liège (3<sup>e</sup> ch.), 19 avril 2017, *Ius & actores*, 2017/1-2, p. 35 et obs. E. LEROY, « Propos libres sur la tarification des services des huissiers de justice », *Ius & actores*, 2017/1-2, pp. 41-53.

<sup>14</sup> Civ. Malines, 11 mars 1986, *Pas.*, 1986, III, p. 53 : le tarif des actes des huissiers de justice fixé par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 est d'ordre public de sorte que l'accord intervenu entre les huissiers de justice et l'autorité publique qui les requiert de recouvrer des impôts et taxes communales et tendant à la gratuité des actes de signification en cas d'indigence, ne peut créer de lien juridique ni d'obligation.

<sup>15</sup> Cfr *supra*. Art. 28, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup>, d) et e), loi du 17 juin 2016 ; Avis du 8 novembre 2016 de la Commission fédérale des marchés publics relatif à la nouvelle loi relative aux marchés publics et son application aux services fournis par des huissiers de justice ; C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 14 décembre 2017, arrêt n° 240.196, *Ius & actores*, 2018/3, p. 35.

<sup>16</sup> Ce terme, pernicieux dans son contexte mais souligné avec malice par le pouvoir adjudicateur, ne pouvait avoir de réelle incidence puisque, comme précisé, toute convention ou toute offre contraire au tarif légal est sanctionnée par une nullité absolue.

<sup>11</sup> À l'évidence, il est matériellement impossible pour un huissier de respecter de tels délais...



Quoique le critère «délais de signification» laisse toujours songeur<sup>17</sup>, celui relatif au coût d'une enquête de solvabilité n'est en soi pas critiquable car il s'agit d'une prestation non monopolistique<sup>18</sup> qui échappe dès lors au champ d'application de la tarification légale et laisse libre cours au jeu de la libre concurrence<sup>19</sup>.

17 On peut toutefois imaginer une offre conjointe formulée par plusieurs huissiers réunis au sein d'une association momentanée ce qui, en raison du nombre d'officiers instruant, pourrait alors permettre de proposer de brefs délais de diligence. Il reste que rapidité, sinon précipitation, ne rime pas avec qualité et qu'on n'aperçoit pas en quoi, sauf l'hypothèse de prescription imminente mais alors avec une récurance qui fait douter d'une bonne gestion de l'impayé par le pouvoir adjudicateur, un délai supplémentaire de quelques jours puisse nuire à l'efficacité du recouvrement.

18 L'enquête de solvabilité est «une compétence résiduelle pour laquelle les huissiers n'ont pas de monopole ni d'obligation d'exercer leur ministère» (art. 519, § 2, 14°, C. jud.). Le double objet du marché, enquête de solvabilité d'une part et recouvrement judiciaire d'autre part, pourrait *a priori* justifier l'application de la loi sur les marchés publics, mais en réalité, on comprend qu'il s'agit d'une prestation inhérente à la mission de recouvrement judiciaire puisqu'à l'évidence, aucun créancier ne souhaite se lancer dans une procédure judiciaire par avance inutile en raison d'une situation d'insolvabilité. On rappelle d'ailleurs qu'aux termes de l'article 519, § 3, du Code judiciaire, l'huissier de justice a notamment «un devoir d'information général envers son requérant», de sorte que s'il y a un «risque d'insolvabilité du débiteur, il doit en informer le créancier afin de permettre à ce dernier d'apprécier correctement l'opportunité de faire procéder à des mesures d'exécution».

19 E. LEROY, «Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice : entre réalités anti-nomiques et paradoxes anachroniques? – Première partie», *Ius & actores*, 2007/1, pp. 64 et s.; Civ. Liège (1<sup>re</sup> ch.), 1<sup>er</sup> février 2002, *J.L.M.B.*, 2002/13, p. 550 : «Dans le cadre de l'exercice de ses attributions judiciaires, l'huissier de justice exerce des prérogatives de puissance publique, en manière telle qu'il ne constitue pas une entreprise au sens de l'article 85 du Traité de la Communauté européenne. En revanche, les activités extralégales et extrajudiciaires de l'huissier, non tarifées, et pour lesquelles celui-ci entre en concurrence avec d'autres titulaires de fonctions libérales ou des entreprises à caractère commercial, constituent une activité économique détachable, relevant du concept d'entreprise au sens susdit»; Conseil de la concurrence (9<sup>e</sup> ch.), 8 décembre 2011, *Ius & actores*, 2012/1, p. 83 : «À côté des tâches de leur ministère, les huissiers effectuent également des missions extrajudiciaires. L'intervention extrajudiciaire de l'huissier de justice regroupe l'ensemble des missions qu'il est en mesure d'exercer en dehors d'une procédure judiciaire. Les exemples sont notamment les constats, les ventes publiques ou encore le recouvrement amiable de créances du consommateur. Le recouvrement amiable des dettes du consommateur visé par la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur est une activité exercée en concurrence avec d'autres professionnels tels que les avocats ou des sociétés privées de recouvrement. Elle ne relève pas des fonctions publiques de l'huissier de justice et les activités de l'huissier de justice en ce domaine ne font l'objet d'aucune tarification spécifique, contrairement aux activités régies par le Code judiciaire pour lesquelles le tarif légal s'applique. En étendant le champ d'application du tarif légal prévu pour les activités judiciaires des huissiers de justice en y incluant aussi le recouvrement amiable de créances, la Chambre nationale des huissiers de justice a commis une infraction à l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique»; C.E. (6<sup>e</sup> ch.), 30 mars 2018, arrêt n° 241.190, *Ius & actores*, 2018/3, p. 125 : «Il résulte de l'article 522, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, et de l'article 1<sup>er</sup> de 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 que le tarif des huissiers de justice vise les actes et missions officielles accomplis par l'huissier de justice dans le cadre de ses fonctions. Les activités qu'il exerce non en sa qualité d'officier public mais comme simple mandataire ne sont soumises à aucune tarification légale. Selon l'exposé des motifs du projet de loi modifiant le statut des huissiers de justice, devenu la loi du 7 janvier 2014, "[il] reste nécessaire que le Roi fixe un tarif pour tous les actes et missions officielles des huissiers de justice". Il est souligné que cette exigence résulte de la nécessité de respecter le principe d'égalité et

6 L'attribution du marché aurait donc probablement pu prospérer sur cette base, mais il n'en fût rien.

En effet, en septembre 2018, usant de la faculté offerte par l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics<sup>20</sup>, l'Intercommunale «PP» renonce à poursuivre ce marché au motif que «des modifications essentielles du cahier spécial des charges portant notamment sur l'objet du marché et des éléments techniques, s'imposent».

### Le lancement d'un marché en procédure ouverte

7 Concomitamment, par un avis publié le 12 septembre 2018 au *Bulletin des adjudications*, l'Intercommunale «PP» lance un nouveau marché<sup>21</sup>, celui dont il est question dans les décisions commentées, mais cette fois en procédure ouverte<sup>22</sup>.

Le marché, à bordereau de prix<sup>23</sup>, est d'une durée de 4 ans et il porte sur une quantité présumée de 200.000 dossiers<sup>24</sup>.

Son objet s'écarte assurément du précédent puisqu'il ne se limite plus au recouvrement judiciaire, mais porte désormais sur le recouvrement amiable et judiciaire, ce qui justifie l'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

De même, on peut effectivement relever des «éléments techniques» nouveaux puisque le cahier spécial des charges prévoit quatre critères d'attribution qui s'écartent de ceux précédemment retenus<sup>25</sup>.

qu'«une tarification à la tête du client serait inadmissible pour les missions officielles liées au monopole» (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2012-2013, n° 2937/001, p. 16). De ces considérations, il peut se déduire que les «actes et missions officielles» des huissiers de justice, au sens de l'article 522, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, s'entendent de ceux pour lesquels les huissiers sont seuls compétents et non des activités exercées en concurrence avec d'autres professions».

20 Cette disposition énonce : «L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière».

21 Confirmant ainsi l'expression consacrée : «Jamais deux sans trois»...

22 Procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché (art. 2, 22°, et 36, loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

23 Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant qu'elles soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre. Par ailleurs, comme leur nom l'indique, les quantités présumées n'emportent aucun engagement de la part du pouvoir adjudicateur.

24 Le nombre de 200.000 dossiers sur 4 ans, soit 50.000 dossiers par an, surprend puisque lors des précédentes tentatives de marché par procédure négociée, il avait été question de 2.000 dossiers par trimestre, soit 8.000 dossiers par an ou encore 32.000 dossiers sur 4 ans...

25 Comme signalé, le premier marché en procédure négociée avait pour seul critère d'attribution «une ristourne sur le tarif des huissiers», tandis que le second marché, également en procédure négociée, retenait comme critères d'attribution le coût d'une enquête de solvabilité, le contenu des prestations de l'enquête de solvabilité et le délai de signification.



Ces nouveaux critères d'attribution sont pondérés comme suit:

1. Coût: 40 points
2. Technologie – informatique – reporting: 30 points
3. Moyens humains: 15 points
4. Méthodologie: 15 points

S'agissant du coût, les soumissionnaires doivent offrir « un montant forfaitaire par dossier » et il ressort de l'échange des questions-réponses que ce forfait doit couvrir le traitement d'un dossier « depuis sa transmission par le pouvoir adjudicateur jusqu'à sa clôture par l'attributaire »<sup>26</sup>.

Autrement dit, « les frais judiciaires non récupérés auprès du débiteur ne seront pas pris en charge par le pouvoir adjudicateur », celui-ci considérant que, « grâce à la bonne qualité des enquêtes de solvabilité, l'adjudicataire ne doit proposer pour une phase judiciaire que les dossiers présentant suffisamment de chances d'aboutir »<sup>27</sup>.

<sup>[8]</sup> Le 26 novembre 2018, le conseil d'administration de l'Intercommunale « PP » attribue le marché à la s.a. « V. » (société de recouvrement de créances) « pour le montant d'offre contrôlé de € 396.000,00 HTVA ou € 479.160,00 TVAC », ce qui signifie que ce soumissionnaire a offert un montant forfaitaire au dossier de 1,98 € hors TVA.

### Des recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence

<sup>[9]</sup> Par une requête introduite le 17 décembre 2018, un des candidats évincés (la société d'huissiers « INT. ») demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de cette décision d'attribution.

Par arrêt du 22 janvier 2019, le Conseil d'État ordonne la suspension de la décision d'attribution considérant que la motivation du pouvoir adjudicateur ne contient aucun élément permettant de comprendre les raisons pour lesquelles il a considéré que la justification du prix (particulièrement bas) offert par l'attributaire était « convaincante et de nature à permettre une correcte exécution du marché ».

<sup>[10]</sup> Le 4 février 2019, l'Intercommunale « PP » prend alors deux nouvelles décisions, la première consistant à retirer la décision d'attribution suspendue et la seconde (ré)attribuant le même marché au même soumissionnaire, moyennant une motivation modifiée.

<sup>[11]</sup> Le candidat évincé qui avait introduit le premier recours en suspension réitérè par requête du 8 mars 2019, mais cette fois en vain.

En effet, le Conseil d'État rejette sa demande de suspension d'extrême urgence par un arrêt du 3 avril 2019 dont la motivation nous paraît appeler quelques commentaires.

<sup>26</sup> Réponse donnée par le pouvoir adjudicateur à la question 1.

<sup>27</sup> Réponse donnée par le pouvoir adjudicateur à la question 27.

### 3. Prix anormalement bas et dumping social

#### Règles de base

<sup>[12]</sup> Ainsi que le rappelle opportunément la Commission wallonne des marchés publics<sup>28</sup>, les objectifs de tout pouvoir adjudicateur « diligent » sont notamment de deux ordres:

- ✓ attribuer chaque marché public au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse dans une logique de saine concurrence et de lutte contre le dumping social;
- ✓ s'assurer que les prix offerts permettent réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et exclure toute spéculation au détriment des deniers publics.

<sup>[13]</sup> En cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, le pouvoir adjudicateur doit procéder à leur examen et à cette fin il peut inviter les soumissionnaires à fournir toutes les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal.

Les justifications à apporter concernent notamment l'économie du procédé de la prestation des services, les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les services, l'originalité des services proposés, l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement et le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale<sup>29</sup>.

#### Suspicion de prix anormalement bas

<sup>[14]</sup> En l'occurrence, la lecture du premier arrêt commenté donne à connaître les prix proposés (hors TVA) par les soumissionnaires:

- ✓ « V. » (société de recouvrement de créances): 1,98 € par dossier
- ✓ « INT. » (société d'huissiers): 3,74 € par dossier
- ✓ Association « B. & P. » (huissiers): 5,00 € par dossier
- ✓ « FL. INCASSO » (société de recouvrement): 6,50 € par dossier
- ✓ « EFCM » (société de recouvrement): 12,50 € par dossier.

On rappelle que le montant forfaitaire par dossier est le prix offert pour couvrir l'ensemble des prestations requises pour gérer un dossier de recouvrement, depuis une phase amiable jusqu'à une éventuelle phase judiciaire...

<sup>28</sup> Commission wallonne des marchés publics, « Plan d'actions achats publics responsables 2017-2019, La vérification des prix des marchés publics, Guide de bonnes pratiques », novembre 2018, p. 4 (<https://marchespublics.wallonie.be>).

<sup>29</sup> Cfr les articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques.



Prenant la moyenne des prix (5,94 €), le pouvoir adjudicateur relève qu'hormis l'offre de la société «FL. INCASSO», toutes les autres s'en écartent d'au moins quinze pour cent<sup>30</sup>. Partant, il demande aux soumissionnaires concernés par ces écarts de justifier leur prix.

### Contrôle des prix et motivation

<sup>15</sup> Dans sa première décision d'attribution, le pouvoir adjudicateur précise avoir reçu les justifications demandées, laissant sous-entendre qu'il s'est satisfait de celles-ci, mais sans expliquer un tant soit peu pour quelles raisons il a considéré que les justificatifs apportés étaient convaincants.

Relevant le caractère excessivement laconique de cette motivation, qui ne permet ni de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin ni de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications, le Conseil d'État va ordonner la suspension de la décision d'attribution.

<sup>16</sup> Pas de quoi ébranler la conviction acquise de l'intercommunale «PP» qui, treize jours plus tard, décide d'une part de retirer la décision suspendue et, d'autre part, de réattribuer au même soumissionnaire, mais cette fois sur la base d'une motivation sans doute moins «laconique», mais néanmoins très abstraite au motif pris du respect du «secret des affaires».

Ce faisant, elle en vient tout d'abord à rejeter l'offre formulée par la société «EFCM» (société de recouvrement)<sup>31</sup>, considérant que les explications données par celle-ci pour justifier son prix n'ont rien de concret et de pertinent, les justifications avancées se limitant à prétendre, sans données chiffrées, que les outils adéquats à disposition permettent de maîtriser les coûts et de dégager une marge bénéficiaire<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr méthode de calcul visée à l'art. 35, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques.

<sup>31</sup> Cette société avait elle aussi introduit une demande de suspension de la première décision d'attribution qui donna lieu à une remise *sine die* dans la mesure où elle profitait de la suspension déjà ordonnée sur la base de la requête déposée par l'autre soumissionnaire (C.E. (6<sup>e</sup> ch., référé), arrêt n° 243.448 du 22 janvier 2019).

<sup>32</sup> Voyez C.E. (6<sup>e</sup> ch.), arrêt n° 231.392 du 1<sup>er</sup> juin 2015, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be): «À la demande de l'autorité de justifier son prix, la requérante a répondu en ces termes: "Pour établir notre prix, nous avons estimé le nombre d'heures de travail par unité de surface grâce à l'échantillon que nous avons réalisé à partir des données test que vous nous avez fournies. Nous avons ainsi obtenu un nombre total d'heures de travail pour la Wallonie qui a été multiplié par le taux horaire de notre sous-traitant. Notre sous-traitant, officiellement déclaré dans notre dossier de candidature, est une société établie en Inde où le coût salarial est de seulement quelques dollars par heure. Nous avons déjà réalisé de nombreux projets avec eux." (...) Il ressort de la réponse donnée par la partie requérante que celle-ci n'a exposé que sommairement - c'est-à-dire sans chiffrer ni les heures ni le coût horaire - la structure de son prix. Pareille justification est, en soi, insuffisante. La requérante déclare en effet avoir évalué, pour obtenir un prix global, le nombre d'heures de travail nécessaires pour la Wallonie sur la base de l'échantillon réalisé et l'avoir multiplié par le coût horaire de son sous-traitant. Elle se borne à donner cette explication succincte alors cependant que la lettre d'invitation à justifier les prix demandait aux soumissionnaires de ne pas se limiter à se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire et précisait que, dans ce cas, il convenait de justifier le prix du sous-traitant».

Ensuite, elle retient *a contrario* les autres offres au motif que celles-ci détaillent les coûts de traitement et le calcul d'une marge bénéficiaire suffisante pour «couvrir le risque financier lié aux frais d'huissier exposés dans l'hypothèse d'une insolvabilité constatée après réalisation de la phase judiciaire»<sup>33</sup>.

### Dumping social<sup>34</sup>

<sup>17</sup> Le Conseil d'État va cette fois considérer cette motivation comme suffisante, estimant que le pouvoir adjudicateur, en s'appuyant sur les seules allégations de l'attributaire contenues dans un courrier du 15 novembre 2018, a pu «raisonnablement» écarter les griefs de «suspicion de non-respect du droit du travail et du droit social, tant dans le chef de la société «V.» (société de recouvrement de créances) que dans celui de sa filiale tunisienne».

Le Conseil d'État relève que l'offre de l'attributaire mentionne qu'il «dispose depuis 2009 d'une filiale "Nearshore"<sup>35</sup>, "V. Tunisie" s.a.r.l., qu'il a créée et capitalisée à 100%, et qui a pour mission d'assurer l'activité de contact et de call center, ainsi que le "suivi back office et opérationnel" des dossiers confiés à la s.a. "V." (société de recouvrement de créances)».

Personne ne doutera du caractère «profitable» d'une délocalisation dans un pays situé hors de l'Union européenne et il est bien certain qu'établir *in concreto* que les conditions de travail en Tunisie sont bien en deçà des standards de protection sociale en vigueur en Belgique est une véritable gageure<sup>36</sup>.

Il n'est toutefois pas fait mystère que le prix particulièrement bas offert par la société «V.» (société de recouvrement de créances) s'explique essentiellement en raison de l'intervention de sa filiale tunisienne opérant à moindre prix, «au tarif tunisien». Et si le Conseil d'État, se référant aux seules données fournies par la société «V.» (société de recouvrement de créances), indique que le salaire des agents de la filiale tunisienne est

<sup>33</sup> Dans sa motivation, le pouvoir adjudicateur ne mentionne aucun détail chiffré ni calcul. Il prend par ailleurs la précaution d'indiquer que les justifications fournies «paraissent» pertinentes et convaincantes.

<sup>34</sup> On peut définir le dumping social comme étant toute pratique consistant pour une entreprise à violer, contourner ou dégrader le droit social en vigueur, qu'il soit national, communautaire ou international, afin d'en tirer un avantage économique notamment en termes de compétitivité. Il a comme conséquence de générer, entre les territoires et entre les entreprises, une concurrence éfrénée et déloyale qui met sous pression les travailleurs, qui se doivent d'être toujours plus compétitifs, et conduit à une précarisation croissante d'une grande partie du monde du travail et à une explosion des inégalités sociales.

<sup>35</sup> Le «*nearshore outsourcing*» ou «externalisation nearshore» est une forme d'externalisation des services consistant à délocaliser une activité dans un pays relativement proche. Il s'agit donc de recourir à des prestataires locaux étrangers bénéficiant d'une proximité moyenne. C'est le cas des pays de l'Est comme la Roumanie ou des pays du Maghreb comme l'Algérie, la Tunisie et le Maroc.

<sup>36</sup> On peut également supputer que les contrôles «sur place», comme le prévoit l'article 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sont probablement rares, sinon inexistant, lorsqu'un soumissionnaire ou sous-traitant de celui-ci est établi dans un pays lointain.



«largement» supérieur à ce que la requérante en suspension indique<sup>37</sup>, il reste qu'en consultant sur le net les offres d'emploi de cette société, on constate qu'il est question, outre des tickets restaurant et un système de prime «à la production» (lié au résultat et donc pour le moins hasardeux), d'un salaire net de l'ordre de 800 dinars tunisiens, ce qui représente plus ou moins 248 euros par mois pour une durée de travail qui en règle est de 48 heures par semaine en Tunisie<sup>38</sup>...

Il est par ailleurs établi qu'au détour d'une construction juridique fondée sur une société «mère» de droit belge employant 1,7 équivalent temps plein qui a créé et intégralement capitalisé une filiale tunisienne employant 46 personnes à qui elle sous-traite l'exécution opérationnelle du marché, l'attributaire se trouve dans une situation lui permettant de contourner la législation belge en matière de droit environnemental, social ou du travail, en utilisant une main d'œuvre étrangère à bas coût.

La société belge «V.» (société de recouvrement de créances) apparaît ainsi comme une société «boîte-aux-lettres» qui délègue l'exécution opérationnelle du marché à sa filiale tunisienne. C'est à n'en pas douter une forme tolérée de dumping social qui est d'autant plus choquante que dans l'hypothèse où un soumissionnaire entend utiliser des travailleurs étrangers détachés en Belgique, il est alors obligé de respecter, pour les prestations de travail qui sont effectuées sur le sol belge, les conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles belges, sanctionnées pénalement<sup>39</sup>.

Ainsi, le principe d'une rémunération identique pour un même travail<sup>40</sup> ne s'applique que s'il est effectué au même endroit mais non s'il est exécuté dans des pays différents.

Lorsque l'exécution opérationnelle d'un marché est réalisée par un sous-traitant localisé à l'étranger, et plus encore hors du territoire de l'Union européenne, on s'interroge aussi gravement sur les possibilités réelles et

<sup>37</sup> La demanderesse en suspension fait état d'un salaire minimum de 140 € par mois pour un régime de travail de 48 heures par semaine.

<sup>38</sup> Incidemment, on précisera que l'article 258-2 du Code du travail tunisien consacre formellement le principe de préférence nationale à l'emploi qui est étroitement contrôlé et vaut aussi pour les structures étrangères non résidentes (dites *off-shore*) qui ne disposent que d'un faible quota de recrutement d'étrangers au niveau local.

<sup>39</sup> Voyez la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci qui transpose la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur.

<sup>40</sup> Soulignons que le principe d'une rémunération identique pour un même travail n'empêche pas la persistance d'importantes disparités au niveau de la sécurité sociale puisqu'en règle, c'est le régime de l'État d'origine qui continue de s'appliquer malgré le détachement dans le pays d'accueil.

concrètes dont dispose le pouvoir adjudicateur pour vérifier, lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant, les capacités techniques et économiques du sous-traitant, tout autant que le respect de conditions de travail décentes. Au demeurant, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le droit européen ne s'opposait pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de faire ces vérifications<sup>41</sup>.

Enfin, si la société belge «V.» (société de recouvrement de créances) est inscrite auprès du SPF Économie pour exercer l'activité de recouvrement amiable de dettes vis-à-vis de consommateurs<sup>42</sup>, ce n'est pas le cas de sa filiale tunisienne qui est pourtant amenée à assumer l'exécution opérationnelle du marché dont l'un des objets porte sur le recouvrement amiable de dettes à l'égard de «consommateurs»<sup>43</sup>. On peut douter qu'il soit suffisant d'utiliser une société «boîte-aux-lettres» pour s'exonérer du respect des dispositions d'une loi de police<sup>44</sup>.

#### 4. Concurrence par le coût du travail et clauses sociales

Contrairement à une opinion souvent répandue, la perspective sociale n'est pas absente dans le projet européen<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> C.J.U.E. (6<sup>e</sup> ch.), 18 mars 2004, C-314/01, point 45. Voy. aussi l'article 78, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 qui transpose l'article 63.2 de la directive 2014/24 et prévoit que «pour les marchés publics de travaux, les marchés de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, le pouvoir adjudicateur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même» et non par des sous-traitants.

<sup>42</sup> On rappelle qu'aucune activité de recouvrement amiable de dettes ne peut être exercée sans inscription préalable auprès du ministère des Affaires économiques (art. 4 loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur et arrêté royal du 17 février 2005 réglementant l'inscription des personnes qui exercent une activité de recouvrement amiable de dettes et les garanties dont ces personnes doivent disposer).

<sup>43</sup> Voy. aussi l'article 66 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques: «En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement, visé à l'annexe 10, ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe. En cas de procédures de passation de marché de services, lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation».

<sup>44</sup> On souligne par ailleurs qu'à l'inverse des avocats et des huissiers (pour ceux-ci, voyez les articles 8/1 de la loi hypothécaire et 446*quater*, 446*quinquies*, 522/1 et 522/2 du Code judiciaire), les sociétés de recouvrement ne disposent pas de comptes de fonds de tiers, isolés du patrimoine propre du titulaire du compte, ce qui n'est pas sans danger alors qu'il s'agit de deniers publics, singulièrement dans les circonstances d'une construction juridique impliquant une filiale tunisienne hors de tout contrôle du pouvoir adjudicateur.

<sup>45</sup> Il en était déjà question dès ses débuts. En 1950, la déclaration Schuman affirme l'objectif d'une «égalisation dans le progrès des conditions de vie de la main-d'œuvre de ces industries» justifiant la mise en commun des capacités de production de charbon et d'acier.



Ainsi, l'article 9 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) énonce que « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ».

De même, si la politique sociale relève encore principalement des États membres, le respect de certaines valeurs fondamentales relève toutefois d'une compétence partagée avec l'Union européenne, ainsi qu'en témoigne l'article 151 du TFUE dont le premier alinéa précise :

« L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ».

[20] Dans le domaine de la commande publique, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics vient consacrer ces préoccupations sociales en imposant aux États membres de prendre « les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par [certaines] dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail »<sup>46</sup>.

Et le respect de ces obligations s'impose pareillement aux sous-traitants<sup>47</sup>.

[21] S'inscrivant dans le paradigme d'une concurrence effective et loyale<sup>48</sup>, la réglementation belge de la sous-traitance, issue de la transposition de cette directive européenne, confirme la volonté politique de lutter contre le dumping social, en imposant aux opérateurs économiques l'obligation de respecter et « de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit » toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, du droit social et du droit du travail<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Art. 18, 2, de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

<sup>47</sup> Art. 71 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

<sup>48</sup> Voyez Y. MARIQUE et K. WAUTERS, « La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics », *M.C.P.-O.O.O.*, 2018/1, pp. 59-90.

<sup>49</sup> Art. 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics : « Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de

[21] On relève également que la tendance initiale de la Cour de justice à faire prévaloir la libre prestation de services sur la promotion des droits des travailleurs semble évoluer elle aussi.

Ainsi, alors que dans ses précédents arrêts *Rüffert*<sup>50</sup> et *Bundesdruckerei*<sup>51</sup>, elle avait censuré pareille mesure, la Cour de justice, dans son arrêt *RegioPost* du 17 novembre 2015<sup>52</sup>, va admettre que la participation à un marché public soit subordonnée à l'obligation faite aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants de verser à leurs travailleurs un salaire minimum, pour autant que cette obligation constitue une condition du marché transparente et non discriminatoire visant des considérations sociales<sup>53</sup>.

Le raisonnement suivi par la Cour est le suivant :

– l'imposition, en vertu d'une réglementation nationale, d'une rémunération minimale aux soumissionnaires et à leurs éventuels sous-traitants établis dans un État autre que celui duquel relève le pouvoir adjudicateur et dans lequel les taux de salaire minimal sont inférieurs constitue une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil ; une telle mesure est donc susceptible de constituer une restriction au principe de la libre prestation de services

sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II. Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché ».

<sup>50</sup> C.J.U.E., 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land de Basse-Saxe*, C-346/06. Dans cet arrêt, la clause sociale prévue par la loi du Land Niedersachsen avait été condamnée par la Cour sur la base de trois éléments principaux. En premier lieu, la loi ne fixait pas elle-même le salaire minimal, dès lors qu'elle se limitait à renvoyer au salaire fixé par une convention collective qui, à son tour, n'avait pas été déclarée d'application générale. En deuxième lieu, ce salaire minimal ne couvrait que les marchés publics et pas les marchés privés. En dernier lieu, le salaire fixé par la loi du Land était supérieur à celui applicable au niveau national dans le secteur. Il est important de préciser que dans cet arrêt *Rüffert*, la directive 2004/18 relative aux marchés publics n'était pas d'application, la situation étant donc uniquement examinée par la Cour à la lumière de la liberté de prestation de services et de la directive « travailleurs détachés ».

<sup>51</sup> C.J.U.E., 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, C-549/13. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que la réglementation régionale allemande qui prescrivait, dans le cadre des marchés publics, le paiement d'un salaire minimum aux travailleurs d'un sous-traitant établi dans un autre État membre était incompatible avec le droit de l'Union, et plus spécialement avec l'article 56 du TFUE relatif à la libre prestation de services, lorsque ces travailleurs exécutaient le marché en cause exclusivement dans cet État. Le litige ne concernait donc pas la directive 96/17 « travailleurs détachés ».

<sup>52</sup> C.J.U.E., 17 novembre 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau*, C-115/14.

<sup>53</sup> Pour un commentaire de ces 3 arrêts, voy. E. WILLEMARI, « Le respect du salaire minimum dans les marchés publics : des arrêts *Rüffert*, *Bundesdruckerei* et *RegioPost* de la Cour de justice de l'Union européenne à la transposition des directives de 2014 », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUI (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 29-62.



porté à l'article 56 du TFUE, mais elle peut être justifiée par l'objectif de la protection des travailleurs;

- l'article 26 de la directive 2004/18<sup>54</sup> relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>55</sup>, lu conjointement avec la directive 96/71 «travailleurs détachés»<sup>56</sup>, permet à l'État membre d'accueil de prévoir, dans le cadre de l'attribution d'un marché public, une règle impérative de protection qui impose le respect d'un taux de salaire minimal; en effet, une telle règle est une considération sociale au sens de cet article et fait partie du niveau de protection qui doit être garanti auxdits travailleurs<sup>57</sup>;
- la limitation du champ d'application de la mesure nationale aux seuls marchés publics (et non aux marchés privés) n'est pas critiquable car elle est la simple conséquence du fait qu'il existe des règles du droit de l'Union qui sont spécifiques à ce domaine, en l'occurrence celles prévues par la directive 2004/18.

[22] Prévoir une clause sociale imposant un salaire minimum aux soumissionnaires tout autant qu'à leurs sous-traitants éventuels est donc compatible avec le droit européen et constitue une balise sociale que le législateur belge a voulu encourager.

On s'étonne donc que les commandes publiques belges n'en usent pas, comme c'est au demeurant le cas dans l'affaire commentée.

L'exemplarité dont doivent faire preuve l'État et plus généralement les personnes morales de droit public se concilie en effet fort mal avec une concurrence par le coût du travail, qui nuit à la protection des travailleurs en exigeant d'eux d'être toujours plus compétitifs et dès lors en dégradant leurs conditions de travail.

<sup>54</sup> « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales ».

<sup>55</sup> Cette directive a été abrogée et remplacée par la directive 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics qui va encore plus loin en matière de réglementation de la sous-traitance pour éviter le dumping social. Le raisonnement de la Cour à propos de la directive 2004/18 vaut donc *a fortiori* sous l'empire de la directive 2014/24.

<sup>56</sup> Le renvoi à la directive «travailleurs détachés», malgré l'absence de tout élément transfrontalier dans le litige, est fondé, selon le raisonnement de la Cour, sur le renvoi à celle-ci qu'opère le considérant 34 de la directive 2004/18 relative aux marchés publics.

<sup>57</sup> Il s'en déduit que la Cour considère que la directive «travailleurs détachés» (qui impose notamment le respect d'un salaire minimum) est toujours applicable aux situations entrant dans le champ d'application de la directive 2004/18 (procédures atteignant les seuils fixés pour une publicité), même si celles-ci ne concernent pas directement un détachement de travailleurs. Sans le dire expressément, la Cour s'écarte donc sur ce point de sa jurisprudence «*Bundesarbeitskammer*». On peut y voir un glissement «idéologique» permettant de considérer qu'aux yeux de la Cour de justice, la liberté de prestation de services ne permet pas nécessairement de rendre admissible le fait de profiter d'un avantage compétitif fondé sur un coût salarial inférieur. C'est d'ailleurs en ce sens qu'avait été formulée la question de la juridiction de renvoi.

C'est d'ailleurs contraire à l'idée du traité européen selon laquelle les États membres doivent pouvoir, par les mesures qu'ils adoptent, participer à l'amélioration des conditions de vie et de travail des citoyens de l'Union, ce qui doit les inciter à faire obstacle à la spirale régressive résultant d'une concurrence internationale fondée sur le coût du travail.

## 5. Critères d'attribution d'un marché

[23] Pour attribuer un marché, le pouvoir adjudicateur doit retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. À cet effet, le pouvoir adjudicateur peut déterminer des critères basés sur le prix, sur le coût<sup>58</sup> ou sur le meilleur rapport qualité/prix<sup>59</sup>.

En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a retenu l'option du «meilleur rapport qualité/prix», en prévoyant, outre le critère du prix, trois autres critères portant sur des aspects qualitatifs : technologie utilisée (capacité de traitement et d'intégration des fichiers fournis par le pouvoir adjudicateur, consultation on-line des dossiers, outils de reportings, moyens de téléphonie), adéquation des moyens humains et méthodologie de recouvrement tant en phase amiable qu'en phase judiciaire.

Trois des quatre soumissionnaires ayant obtenu la cote maximale pour les trois critères qualitatifs, la demanderesse en suspension en infère que le pouvoir adjudicateur aurait en réalité neutralisé ces derniers pour ne retenir que le critère du coût.

Conscient du problème, le pouvoir adjudicateur explique, dans une «motivation additionnelle»<sup>60</sup>, que les soumissionnaires *ex aequo* n'ont pu être départagés au niveau qualitatif car, même s'ils utilisent des procédés différents, ils ont parfaitement rencontré ses attentes en proposant des moyens permettant «une réalisation efficace du marché en interaction avec les services de l'Adjudicateur».

[24] Relevant que le quatrième soumissionnaire a obtenu moins de points et que le pouvoir adjudicateur indique les motifs pour lesquels il n'a pu départager les autres, le Conseil d'État va donner raison au pouvoir adjudicateur.

La lecture du rapport d'analyse des offres rédigé par le pouvoir adjudicateur laisse effectivement penser que l'infrastructure technologique des concurrents est d'un niveau semblable, sinon équivalent.

On est par contre beaucoup plus sceptique s'agissant des moyens humains, le rapport précisant :

- ✓ que l'association «B. & P.» (huissiers) dispose d'une équipe de 9 huissiers et 84 employés temps plein;

<sup>58</sup> Selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie (coûts énergétiques liés à l'utilisation du produit ou du service; frais de maintenance; collecte et recyclage liés à la fin de vie du produit).

<sup>59</sup> Art. 81 loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

<sup>60</sup> Sinon «cousue» de fil blanc...



- ✓ que la société «INT.» (société d'huissiers) met à disposition une équipe de 7 collaborateurs spécifiquement dédiés<sup>61</sup> ;
- ✓ et que la société «V.» (société de recouvrement de créances) et sa filiale disposent de 46 collaborateurs, dont quatre agents seront spécifiquement dédiés au traitement de ce contentieux pour la phase amiable, et d'une équipe de «partenaires» de 54 personnes (dont 4 huissiers) pour traiter la phase judiciaire.

À la lecture de ces chiffres, il semble même difficile d'y voir des moyens équivalents..., ce qui fera dire au pouvoir adjudicateur que «le nombre de personnes travaillant pour une société ne fait pas forcément la qualité de la récupération des créances» (*sic!*). Si telle était l'opinion du pouvoir adjudicateur, on ne comprend pas bien pourquoi il a imposé un critère d'attribution relatif aux «moyens humains»...

Enfin, s'agissant du critère méthodologie, le rapport d'analyse du pouvoir adjudicateur révèle des prestations «cinq étoiles», sinon plus :

Soumissionnaire	En phase amiable	En phase judiciaire
Association «B. & P.» (huissiers)	10 étapes et 25 actions menées	51 actions possibles
«INT.» (société d'huissiers)	11 étapes	15 étapes
«V.» (société de recouvrement)	78 actions possibles	29 actions possibles (et même 65 actions possibles en cas de recouvrement à l'étranger)

Sauf à considérer, ainsi que le fait implicitement le pouvoir adjudicateur, que les prestations vantées procèdent d'une présentation théorique enjoliveuse (sinon hâbleuse), il semble qu'à ce niveau aussi, il n'était pas totalement impossible de départager les candidats.

<sup>25</sup> On se rend compte que si les critères qualitatifs retenus par le pouvoir adjudicateur ne sont pas en eux-mêmes vagues, aléatoires ou imprécis, ils peuvent malgré tout le devenir en pratique lorsque le pouvoir adjudicateur n'est en réalité pas en mesure de juger de la réalité et de l'efficacité des prestations vantées, surtout lorsqu'elles procèdent d'un marketing bien orchestré et homogène qui peut rendre l'ensemble hermétique au point de rendre la comparaison des offres excessivement complexe, voire impossible.

Autrement dit, des critères d'attribution trop ouverts qui laissent place au marketing le plus débridé ne remplissent plus leur finalité car ils deviennent impuissants à départager objectivement les soumissionnaires qui naturellement vont promettre monts et merveilles<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Le rapport d'analyse ne permet pas de connaître ni le nombre d'huissiers ni le nombre d'employés de cette société, mais au travers de son argumentation, on apprend qu'elle compte 19,9 employés temps plein.

<sup>62</sup> C.J.U.E. (6<sup>e</sup> ch.), 4 décembre 2003, C-448/01, points 37 et s. : «Les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également

Et lorsque le pouvoir adjudicateur précise que les soumissionnaires *ex aequo* «ont parfaitement rencontré ses attentes», on a plutôt l'impression que les critères d'attribution qualitatifs auraient davantage dû être utilisés comme critère de sélection pour imposer des conditions garantissant que les candidats possèdent les ressources humaines et techniques ainsi que l'expérience nécessaire pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

## 6. Protection des données à caractère personnel

<sup>26</sup> De manière elliptique, le Conseil d'État relève que la société «V.» (société de recouvrement de créances) «a pris dans son offre un engagement de respect des données à caractère privé» et que «ces mesures de protection concernent également la filiale tunisienne».

<sup>27</sup> Le transfert de données à caractère personnel hors de l'Union européenne et de l'Espace économique européen<sup>63</sup> ne nécessite aucune autorisation préalable ou garanties particulières lorsque la Commission européenne a constaté, par voie de décision, que le pays tiers assure un niveau de protection adéquat<sup>64</sup>.

Quoi qu'elle dispose d'une législation nationale en matière de protection des données personnelles et d'une autorité de protection de ces données reconnue par la conférence internationale des commissaires à la protection de la vie privée et des données personnelles, la Tunisie n'a à ce jour pas été reconnue comme offrant un niveau de protection suffisant.

Cela tient probablement au manque d'indépendance de son autorité de protection dénommée «Instance nationale de protection des données

de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'elle ne confère pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché à un soumissionnaire. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur prescrit un critère d'attribution, alors qu'il n'est pas en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires, il enfreint le principe d'égalité de traitement, puisqu'un tel critère ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure d'adjudication. Un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires est contraire aux principes du droit communautaire en matière de marchés publics».

<sup>63</sup> Il y a «transfert de données» dès qu'une donnée personnelle est rendue accessible à un acteur qui n'est pas déjà soumis au règlement européen (le règlement n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données). Autrement dit, même à supposer que les données soient enregistrées et conservées dans une base de données situées en Belgique gérée par la société belge «V.» (société de recouvrement de créances), le seul fait que sa filiale tunisienne puisse, pour assurer l'exécution opérationnelle du marché, consulter ces données suffit pour considérer qu'il y a transfert de données hors de l'Espace économique européen.

<sup>64</sup> Art. 45 du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE («règlement général sur la protection des données» ou «RGPD» en abrégé) et art. 159 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.



personnelles». En effet, si cette autorité semble indépendante sur le plan fonctionnel<sup>65</sup>, elle est dépendante au niveau organique et financier dans la mesure où, d'une part, ses membres sont nommés par le chef du gouvernement pour un mandat déterminé et où, d'autre part, son budget dépend du ministère des Finances.

En outre, depuis que l'état d'urgence a été décrété, de manière quasiment continue depuis janvier 2011<sup>66</sup>, les forces de sécurité tunisiennes sont dotées de pouvoirs exorbitants et peuvent notamment mener des perquisitions sans autorisation judiciaire, y compris en accédant aux ordinateurs et autres supports informatiques. La pratique, contraire au droit international, consistant à prolonger systématiquement ces mesures d'exception au titre de l'état d'urgence normalise de fait ce qui devrait être un régime juridique d'exception.

<sup>28</sup> L'absence de décision d'adéquation n'empêche pas pour autant le transfert de données vers un pays tiers n'offrant pas un niveau de protection reconnu satisfaisant, lorsque des garanties appropriées sont prises et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives<sup>67</sup>.

Les garanties appropriées peuvent être fournies soit par des règles d'entreprise contraignantes<sup>68</sup> au sein d'un groupe d'entreprises qui doivent être approuvées par l'autorité de contrôle, soit par un code de conduite ou un mécanisme de certification approuvé par la Commission ou, plus simplement encore, par des clauses contractuelles types conformes au modèle adopté par la Commission ou conjointement par une autorité de contrôle et par la Commission sans même que cela ne nécessite l'autorisation préalable de l'autorité de contrôle<sup>69</sup>.

Quand il s'agit d'un marché portant sur le recouvrement de factures de soins et de santé, qui concerne donc indirectement mais certainement des

<sup>65</sup> Elle ne compte toutefois que trois personnes à son service, en ce compris son président...

<sup>66</sup> De janvier 2011 à mars 2014, de juillet à octobre 2015, et de fin novembre 2015 à ce jour.

<sup>67</sup> Art. 46 du RGPD et art. 159 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel («Le niveau de protection adéquat peut être assuré par des clauses de sécurité entre le responsable du traitement et le destinataire des données à caractère personnel»).

<sup>68</sup> Art. 47 du RGPD. Les «règles d'entreprise contraignantes», qui doivent être approuvées par l'autorité de contrôle et peuvent être utilisées par les sous-traitants, sont définies à l'article 4.20) comme étant: «les règles internes relatives à la protection des données à caractère personnel qu'applique un responsable du traitement ou un sous-traitant établi sur le territoire d'un État membre de l'Union aux transferts ou à un ensemble de transferts de données à caractère personnel à un responsable du traitement ou à un sous-traitant dans un ou plusieurs pays tiers au sein d'un groupe d'entreprises ou d'un groupe d'entreprises engagées dans une activité économique conjointe».

<sup>69</sup> Art. 46 RGPD. Voy. aussi la décision 2010/87/UE de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil.

données personnelles jugées particulièrement sensibles<sup>70</sup>, la simple adoption de clauses contractuelles types n'est pas vraiment rassurante, singulièrement après avoir relevé que le pays tiers du sous-traitant est sous régime d'état d'urgence depuis plus de huit ans<sup>71</sup>, n'est pas reconnu comme offrant un niveau de protection satisfaisant et sanctionne toujours pénalement l'homosexualité<sup>72</sup>.

## 7. Marché public, prix imposé et activité réglementée

<sup>29</sup> En l'occurrence, les services demandés visent le recouvrement amiable et, au besoin, judiciaire de factures impayées.

Ces deux segments d'un processus global de recouvrement sont gouvernés par des règles tarifaires diamétralement opposées: alors que les prescriptions en phase amiable sont soumises au principe de libre concurrence et de liberté des prix, les actes judiciaires sont régis par une tarification touchant à l'ordre public.

Cette différence de régime s'explique aisément: les activités de recouvrement amiable peuvent être exercées concurremment par divers acteurs (huissiers, avocats, sociétés de recouvrement, agents d'affaires) alors que la signification des citations et l'exécution des décisions de justice sont des missions monopolistiques réservées aux huissiers de justice car elles impliquent l'usage de prérogatives parcellaires de la puissance publique.

<sup>30</sup> Si l'activité judiciaire est encadrée par un tarif imposé, c'est pour éviter l'arbitraire et les discriminations. En effet, on ne doit pas pouvoir demander aux parties plus que ce qu'elles doivent, qu'il s'agisse de celle qui doit faire l'avance des frais judiciaires ou de celle qui est condamnée aux dépens et doit supporter les frais d'exécution.

Il s'agit aussi de garantir l'indépendance de l'huissier de justice pour lui permettre de résister tantôt à la tentation d'exposer des frais inutiles et tantôt aux passions affairistes qui, si elles ne sont pas limitées, peuvent constituer l'huissier dans une véritable servitude. Être un auxiliaire de justice indépendant qui se préoccupe des intérêts juxtaposés et paradoxaux des parties impliquées par ses actes, c'est, dans les limites de la loi, agir selon son libre arbitre, sans devoir substituer la volonté du client aux devoirs que dicte la conscience et la conviction personnelles tout autant que la déontologie.

<sup>31</sup> Par essence, lorsqu'il s'agit de signifier et mettre à exécution des décisions de justice ou autres titres exécutoires, un prix réglementé ne peut être un critère pertinent pour départager les offres. Le tarif réglementé des actes accomplis par les huissiers de justice dans le cadre de leurs activités

<sup>70</sup> Art. 9 RGPD.

<sup>71</sup> Lorsqu'on consulte le site du ministère des Affaires étrangères, on peut au demeurant y lire que les personnes devant se rendre en Tunisie sont invitées à faire preuve d'une «vigilance renforcée», en raison de la menace liée aux activités des réseaux terroristes djihadistes, d'une criminalité réelle et de la possibilité d'agitations sociales soudaines.

<sup>72</sup> Art. 230 du Code pénal tunisien qui prévoit une peine d'emprisonnement de 1 à 3 ans.



judiciaires monopolistiques ne laisse en effet, directement ou indirectement, aucune marge de manœuvre aux candidats car il s'impose tant à ces derniers qu'au pouvoir adjudicateur<sup>73</sup>.

Pourtant, si l'objet d'un marché porte en partie sur des services judiciaires monopolistiques légalement tarifés et en partie sur des prestations de recouvrement amiable concurrentielles, le critère du prix ne peut être utilisé que pour ces dernières. À défaut, en imposant un prix forfaitaire unique pour l'ensemble des prestations, le pouvoir adjudicateur contrevient à une réglementation d'ordre public en tentant d'éluider, de manière discriminatoire, la charge des frais judiciaires qui incombe normalement aux créanciers confrontés à une insolvabilité.

[32] Plus encore, l'accès à un marché mixte de ce type nous paraît devoir être nécessairement réservé aux huissiers de justice qui, seuls, remplissent les conditions d'aptitude professionnelle pour réaliser la partie portant sur le recouvrement judiciaire et si le pouvoir adjudicateur vient à considérer qu'en agissant de la sorte il restreint indûment et sans raison objective la concurrence<sup>74</sup>, alors qu'une partie de l'objet du marché est une activité non monopolistique, il doit alors faire deux marchés distincts, l'un portant sur le recouvrement amiable et l'autre sur le recouvrement judiciaire.

## 8. Valorisation relative du prix et adéquation avec les prestations

[33] Les soumissionnaires ont l'obligation de respecter la valeur relative de chacune des prestations par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers, ainsi que le bénéfice, doivent être répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci<sup>75</sup>.

Cette règle doit notamment permettre le contrôle du caractère anormal ou non des prix proposés<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> En ce sens : C.E. (France) (7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> sous-sections réunies), 7 mai 2013, n° 364833 : « Considérant qu'après avoir relevé que les prestations d'analyses soumises à la nomenclature [des actes de biologie médicale], dont la facturation ne pouvaient faire l'objet d'aucune forme de remise en application des dispositions [...] du Code de la santé publique, représentaient la majeure partie du prix total du marché litigieux et que leur prix s'imposait ainsi tant aux candidats qu'au pouvoir adjudicateur, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit et par une appréciation exempte de dénaturation, notamment sur le caractère marginal et accessoire des [autres] prestations susceptibles d'être [librement] facturées, que le critère du prix n'était pas pertinent pour festoyer les offres et que sa pondération à hauteur de 40% de la note finale était manifestement excessive; (...). ».

<sup>74</sup> Il y a des raisons objectives de réserver ce type de marchés mixtes aux huissiers : ils sont les seuls à pouvoir offrir un service global de recouvrement, depuis la phase amiable jusqu'à la phase judiciaire qu'ils sont les seuls à pouvoir réaliser, en passant par une analyse de solvabilité professionnelle et encadrée.

<sup>75</sup> Art. 28 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques.

<sup>76</sup> C.E. (6<sup>e</sup> ch.), arrêt n° 197.647 du 6 novembre 2009, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be).

[34] En l'occurrence, les prix des offres retenues, allant d'un montant forfaitaire par dossier de 1,98 € à 6,50 €, pour couvrir les prestations tant amiables que judiciaires, ne permettent certainement pas de respecter cette obligation.

Qui ne voit qu'à eux seuls l'envoi d'une mise en demeure préalable<sup>77</sup> et les éventuelles autres mesures de recouvrement amiable (par exemple, un rappel écrit subséquent suivi d'une relance téléphonique) ont un coût<sup>78</sup> absorbant, sinon dépassant, les prix offerts?

Même à imaginer que de tels prix permettent de conserver une marge bénéficiaire de quelques centimes, il est en tout cas évident que les soumissionnaires n'ont pas respecté la valeur relative de chacune des prestations par rapport au montant total de l'offre, le coût des actes judiciaires étant manifestement (et sciemment) omis.

[35] Le paroxysme est atteint lorsqu'on s'attarde sur les prestations offertes pour de tels prix, les uns et les autres vantant un processus de recouvrement amiable comportant au moins 10 étapes et jusqu'à 78 actions possibles et une procédure de recouvrement judiciaire comportant une quinzaine d'étapes et jusqu'à une cinquantaine d'actions.

Au regard des prix offerts, il est en effet bien clair que si les prestations annoncées sont à l'égal de services hôteliers de grand luxe affichant 5 étoiles sinon plus, celles qui seront concrètement réalisées seront évidemment réduites à peau de chagrin.

[36] Mais plus fondamentalement, la marge bénéficiaire ou le seuil de rentabilité extrêmement bas, sinon inexistant, induit par les prix offerts conduit à une inquiétante conclusion : l'attrait financier recherché par les soumissionnaires au travers du marché litigieux est étranger à la phase amiable (réduite à sa plus simple expression vu les prix offerts) et gît tout entier dans les perspectives des procédures judiciaires qui s'en suivront<sup>79</sup>.

Ainsi qu'on l'a déjà souligné, si l'activité judiciaire est encadrée par un tarif imposé, c'est pour éviter l'arbitraire et les discriminations, mais aussi pour garantir l'indépendance de l'huissier de justice et lui permettre de résister tantôt à la tentation d'exposer des frais inutiles et tantôt aux

<sup>77</sup> Il s'agit d'une étape incontournable, non seulement en raison de l'objet du marché mais aussi du prescrit de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur : « Tout recouvrement amiable d'une dette doit commencer par une mise en demeure écrite, adressée au consommateur ».

<sup>78</sup> Outre les coûts informatiques nécessairement induits par la gestion d'un volumineux portefeuille de créances et les frais incompressibles liés à une analyse de solvabilité fut-elle élémentaire, il faut prendre en compte le coût du ou des timbres, les consommables (papier, encre, enveloppe), l'amortissement de l'imprimante, la manutention humaine (même si elle peut être réduite, une certaine main d'œuvre reste indispensable), etc. Même au « tarif tunisien », un prix de 1,98 € ne permet donc certainement pas de respecter la valeur relative des prestations judiciaires qui, même si elles ne sont pas systématiques, sont quant à elle légalement tarifées.

<sup>79</sup> Ce qui est fondamentalement contraire à la volonté déclarée du pouvoir adjudicateur de voir la phase de recouvrement amiable être privilégiée.



passions affairistes qui, si elles ne sont pas limitées, peuvent constituer l'huissier dans une véritable servitude à l'égard d'une partie (le créancier ou, comme en l'espèce, son mandataire) et au détriment des autres (débiteurs et créanciers concurrents).

Malheureusement, il est fort à parier que ces déviations, que la tarification légale cherche à éviter, soient ici rencontrées.

Dans la mesure où l'attributaire doit supporter les frais judiciaires des procédures avortées pour une cause d'insolvabilité, on ne peut que pressentir une nécessaire violation de l'interdiction faite aux huissiers de partager leurs émoluments avec des tiers ou d'accorder une remise aux créanciers qui les ont mandatés.

En effet, si seule la phase judiciaire peut être rémunératrice, de deux choses l'une : ou bien l'huissier est l'heureux attributaire et, pour « financer » la charge des risques de l'insolvabilité, il va être amené non seulement à négliger la phase amiable mais aussi à exposer maints frais dans la phase judiciaire ; ou bien il est le sous-traitant de la société de recouvrement déclarée attributaire, et il est alors peu concevable que, sous une forme ou une autre, il ne soit pas tenu de partager ses émoluments avec elle.

### 9. Pratique du «no cure no pay»

[37] Il est piquant de relever que dans son premier recours, la société d'huissiers demanderesse en suspension argue que le prix anormalement bas proposé par la société «V.» (société de recouvrement de créances) s'explique notamment par le fait qu'étant une société de recouvrement, cette dernière ne serait pas obligée de respecter l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice et pourrait ainsi contourner l'interdiction faite aux huissiers de partager leurs émoluments avec des tiers ou d'accorder aux créanciers poursuivant une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés.

Son argumentation tient en ces mots :

« Une pratique courante existe entre les sociétés de recouvrement et les huissiers auxquels elles font appel pour la sous-traitance de certaines missions lors de la phase judiciaire du recouvrement. Il s'agit du «No cure no pay». Selon ce principe, l'huissier de justice, sous-traitant de la société de recouvrement ne sera rémunéré que sur ses honoraires payés directement par les débiteurs tandis que la société de recouvrement ne doit pas verser à l'huissier les honoraires irrécouvrables engendrés par exemple par une insolvabilité, un règlement collectif de dettes, ou encore une faillite.

Cette pratique, qui est contraire à l'article 2 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 précité, permet ainsi à la société de recouvrement de proposer un taux de recouvrement plus bas [sic] ! – il faut

lire, plus justement, un prix plus bas] puisque ce dernier ne reprend pas certains honoraires et, donc, de proposer un prix défiant toute concurrence.

Le prix anormalement bas remis par l'adjudicataire pressenti trouverait donc ici une explication ».

[38] Alors que la société d'huissiers a elle-même proposé un prix forfaitaire de 3,74 € par dossier, tant pour les prestations amiables que judiciaires, il faut une certaine hardiesse, sinon une évidente impudence, à oser prétendre ensuite qu'un prix de 1,98 € implique une violation de l'interdiction faite aux huissiers d'accorder, sous quelque forme que ce soit, une remise aux créanciers poursuivants.

On doute en effet que la différence de prix (soit 1,76 €) entre les deux offres permette à la plus-disante de respecter le prescrit tarifaire...

[39] Pire, dans son second recours, la société d'huissiers, qui n'a pas vu d'objection à remettre une offre pour un prix dérisoire et manifestement anormalement bas, va défendre l'idée qu'«en contraignant les soumissionnaires à devoir supporter certains frais judiciaires [ceux qui n'auront pu être récupérés à charge des débiteurs en raison d'une situation d'insolvabilité], le cahier spécial des charges [du pouvoir adjudicateur] viole l'arrêté royal [du 30 novembre 1976 fixant le tarif des huissiers], de sorte que «les documents du marché sont illégaux».

On ne peut s'empêcher d'avoir à l'esprit le très pertinent adage selon lequel «nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude»<sup>80</sup>, *a fortiori* lorsqu'on est un officier ministériel...

### 10. Le déplacement de la charge du risque d'insolvabilité

[40] Il est une évidence : la charge du risque de l'insolvabilité incombe au créancier<sup>81</sup> et elle ne peut en aucun cas être reportée, directement ou indirectement, sur l'huissier en charge du recouvrement de la créance laissée impayée.

S'il en va autrement, l'impartialité et l'indépendance qui sont au fondement de la fonction sont bafoués, ce qui justifie de mettre en œuvre l'action disciplinaire avec la plus grande fermeté et intransigeance.

[41] Le Conseil d'État tient en l'affaire un curieux raisonnement qu'on ne saurait approuver.

À ses yeux, s'agissant d'un marché à bordereau de prix impliquant un prix forfaitaire par dossier, les soumissionnaires devaient remettre un prix intégrant l'éventualité de devoir supporter des frais judiciaires irrécouvrables, de sorte que l'affirmation de la demanderesse en suspension selon laquelle «le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires

<sup>80</sup> Issu de l'expression latine «Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans».

<sup>81</sup> Il existe d'ailleurs des assurances couvrant ce risque.



doivent supporter eux-mêmes les frais judiciaires non remboursés par les débiteurs» serait inexacte.

D'un point de vue abstrait et purement mathématique, on peut certes considérer que rien ne s'oppose à remettre un prix qui, outre une marge, couvre d'une part le coût de la phase amiable et d'autre part le coût des frais judiciaires non recouverts à charge des débiteurs condamnés.

Traditionnellement, on distingue d'ailleurs les notions économiques suivantes :

- le prix qui est la somme du coût estimé de la prestation et de la marge du prestataire;
- le coût de la prestation qui comprend les charges directes (résultant de l'exécution des prestations, comme par exemple l'achat de matériels, la main d'œuvre, etc.), les charges indirectes (approvisionnement, impôts, frais de gestion...) et une provision destinée à couvrir les aléas liés à l'exécution du marché;
- enfin, la marge du prestataire qui comprend son bénéfice et la part de provision qui n'est pas consommée par les aléas.

Schématiquement, cela donne :

- ▶ Prix = coût + marge
- ▶ Coût = charges directes + charges indirectes + provision pour aléas liés à l'exécution du marché
- ▶ Marge = bénéfice + part de la provision qui n'est pas consommée par les aléas.

Toutefois, il n'est en l'espèce pas question d'un marché de travaux ou de fournitures, mais bien de services visant au recouvrement amiable et judiciaire de créances en souffrance.

Or, comme on l'a expliqué, d'une part les prestations judiciaires sont, pour des motifs d'ordre public, légalement tarifées et, d'autre part, il est fait défense aux huissiers de justice de partager leurs émoluments avec des tiers ou d'accorder un rabais au créancier poursuivant.

Une spéculation, basée sur le calcul hasardeux d'une provision censée pouvoir couvrir les frais judiciaires qui n'ont pu être récupérés à charge des débiteurs, est donc interdite. Le créancier doit en toutes circonstances assumer les frais judiciaires irrécupérables si l'huissier a agi dans le respect des principes d'économie de procédure et de proportionnalité et s'est acquitté de son devoir d'information du créancier s'il redoute une insolvabilité.

La règle vaut bien sûr directement ou indirectement, que l'huissier agisse sur la base des instructions du créancier lui-même ou de son mandataire. Fut-ce au prix d'un douteux montage, l'intervention d'un agent d'affaires ou d'une société de recouvrement n'est pas de nature à y contrevenir et toute rétrocession ou tout partage d'honoraires est pros crit.

## Conclusion

Cette pitoyable affaire interpelle gravement.

Il y a à la fois double jeu et marché de dupes.

Faisant fi de toute considération sociale dans l'élaboration de son cahier des charges, tout autant que des dangers inhérents à la transmission de données personnelles jugées particulièrement sensibles hors de l'Union européenne dans un pays dont le niveau de protection est jugé insuffisant, un pouvoir adjudicateur, personne morale de droit public (dont le rôle social à raison de son objet devrait d'autant plus l'inciter à la plus grande exemplarité), use d'un stratagème commercial pour contrevenir à une réglementation tarifaire touchant à l'ordre public et encadrant l'activité judiciaire du recouvrement de créances.

Des huissiers de justice, en violation de leur propre tarif, participent à ce stratagème, démontrant de la sorte qu'ils délaissent leur obligation d'impartialité et d'indépendance prenant fait et cause pour le créancier poursuivant au point d'être prêts à assumer, en lieu et place de ce dernier, la charge des risques liés à l'insolvabilité.

Une société de recouvrement, pratiquant une forme de dumping social, ne cache pas travailler avec un réseau d'huissiers qui, dans les circonstances décrites, sont très probablement impliqués dans un marchandage inavouable et condamnable.

Par le truchement d'un marché public consciemment agencé, on voit poindre un système qui pose de nombreuses questions de légitimité et d'éthique :

est-il admissible qu'en violation d'un tarif d'ordre public, un créancier (qui plus est un créancier public en l'occurrence) ne soit plus redevable que d'un montant forfaitaire intangible et mutualisé par dossier, alors que le débiteur reste quant à lui contraint au complet paiement des frais judiciaires (autrement dit, il y a donc une économie d'échelle qui ne profite qu'au créancier) ? ;

peut-on tolérer qu'au mépris de son devoir d'impartialité, un huissier convienne avec un créancier du financement profitable de son contentieux volumineux par une dilution des frais judiciaires sur l'ensemble de ses débiteurs<sup>82</sup> ;

<sup>82</sup> N'étant tenu, par dossier de recouvrement amiable et judiciaire, qu'au paiement d'un prix forfaitaire unique et intangible (et en l'occurrence anormalement bas), indépendamment des prestations judiciaires réellement accomplies dans chaque affaire, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un évident traitement de faveur, discriminatoire à l'égard des autres créanciers qui eux sont tenus au complet paiement des prestations réelles lorsque le débiteur s'avère insolvable. En faisant offre sous de telles conditions, un huissier de justice participe à la violation d'une réglementation d'ordre public et transgresse de la manière la plus grave son devoir d'impartialité et d'indépendance, non seulement en favorisant un créancier par rapport aux autres, mais aussi en manifestant un parti pris certain en faveur de son donneur d'ordre et au détriment de la partie débitrice puisquée, comme on l'a expliqué, ses préoccupations affairistes vont nécessairement l'inciter à multiplier les frais en phase judiciaire afin que la gestion globale du contentieux devienne rémunératoire nonobstant le



est-il acceptable qu'au mépris de son devoir d'indépendance et de probité, un huissier accepte de supporter en lieu et place de son donneur d'ordre le poids du risque des insolvabilités, ce qui à court terme peut mettre en péril l'équilibre financier de son étude et donc conduire non seulement à une multiplication injustifiée des frais judiciaires mais aussi à une utilisation impropre de fonds de tiers si la spéculation acceptée s'avère, à un moment ou un autre, déficitaire?;

la logique économique suivie par cet adjudicateur public n'aboutit-elle pas à une discrimination entre les créanciers selon la taille de leur contentieux?;

Les prix offerts en l'espèce sont-ils compatibles avec la qualité et l'éthique des services que l'on est en droit d'exiger dans une matière aussi sensible que celle du recouvrement de créances qui implique des personnes en situation de surendettement, de précarité ou même de pauvreté?

<sup>[16]</sup> S'il est certain que la Chambre nationale des huissiers de justice, qui est chargée de veiller à l'uniformité de la discipline et de la déontologie parmi ses membres, se doit de réagir vigoureusement face à pareille situation, il faut convenir que la décision du Conseil d'État prise en cette affaire, quand bien même l'est-elle « dans les limites de l'examen auquel il peut être procédé en extrême urgence », apporte de l'eau au moulin de ceux qui, par leurs attrait ou leurs comportements, déconsidèrent la fonction d'huissier alors que, fondamentalement, elle devrait être vouée aux services de la Justice et des justiciables.

Etienne LEROY  
Huissier de Justice

## C.E. (11<sup>e</sup> ch.), 31 janvier 2019, arrêt n° 243.572, sommaire

*Huissier de justice* – Nominat[i]on – Avis d'employeurs produits par un seul candidat alors que cela n'est pas prévu et que l'autorité ordinaire avait expressément demandé qu'ils ne le soient pas – Avis susceptibles d'avoir influencé l'avis de la Commission de nominat[i]on – Violation de l'obligation d'égalité comparat[i]on des titres et mérites des candidats – Évaluation sur la base de plusieurs critères et sous-critères – Motivation de l'acte de nominat[i]on devant permettre de comprendre pourquoi un candidat est préféré à un autre

*L'article 19 de l'arrêté royal du 2 avril 2014 portant exécution de la loi du 7 janvier 2014 modifiant le statut des huissiers de justice ne prévoit pas, parmi les annexes devant être jointes à la candidatur[e], les avis d'employeurs. En outre, dans sa circulair[e] n° 2016CIR044 du 24 juin 2016, la Chambre Nationale des Huissiers de Justice a fait savoir aux candidats qu'ils ne devaient pas joindre d'avis provenant de leurs anciens ou actuels employeurs et les a invités à « appliquer uniquement l'art. 515, § 1, du Code judiciaire et l'art. 19 de l'A.R. du 2 avril 2014 ».*

*Si la Commission de nominat[i]on n'a justifié sa préférence pour l'intervenant par rapport à la requérante qu'au regard de certains éléments d'évaluation, à savoir la note à l'évaluation écrite et la prestation lors de l'audition, elle a cependant évalué les candidats sur la base de plusieurs critères de sélection, à savoir : « ancienneté et expérience professionnelle dans la fonction », « aptitudes sociales », « capacité organisationnelle », « connaissances », « vision sur la profession ».*

*Au contraire de la requérante qui a légitimement pu croire qu'il n'y avait pas lieu de les produire, l'intervenant a joint à son dossier de candidatur[e] les avis de ses employeurs.*

*Dès lors que ces avis d'employeurs, qui n'étaient pas exigés et dont les candidats n'ont pas été informés qu'il en serait tenu compte, ont pu influencer l'évaluation de la Commission du regard des critères de sélection précités, le respect de l'égalité comparat[i]on des titres et mérites des candidats n'a pas été respecté.*

*Lorsque les candidats sont évalués au regard de plusieurs critères et sous-critères, la motivation de l'acte de nominat[i]on doit permettre de comprendre de manière suffisante, par critère et sous-critère, pourquoi l'autorité qui nomme a jugé que les qualités d'un candidat étaient inférieures,*