

Les PPP et le droit communautaire

1. Introduction

Il n'existe pas de législation européenne spécifique aux partenariats public-privé (ci-après PPP). Au contraire, les institutions européennes, singulièrement la Commission et la Cour de Justice, évoquent généralement les PPP en lien avec les marchés publics ou les concessions (de travaux ou de services). Les partenariats public-privé institutionnalisés, tels que définis par ces mêmes instances¹, ne présentent, de ce point de vue, aucune spécificité.

Ces liens conceptuels s'expliquent par les techniques d'interprétation fonctionnelle et finaliste du droit européen. S'agissant pour une entité publique (ou assimilée) de choisir un opérateur économique, dans la perspective de la Construction européenne qui suppose une circulation des capitaux, biens, marchandises et services sans préférence nationale, *la transparence* s'impose comme une solution évidente, les supports juridiques servant à réaliser ce choix pouvant apparaître comme secondaires.

Directement issu du droit européen, la mise en concurrence des opérateurs économiques est devenu, en quelques décennies, un paradigme de l'action publique qui ne semble plus guère contesté dans son principe. La mise en concurrence des opérateurs économiques publics avec des opérateurs économiques privés est reçue avec une intensité sans doute variable selon les traditions politiques et juridiques dans les Etats membres, tous n'ayant pas la même interprétation du principe de neutralité du droit communautaire.

Par contre, les modalités de mise en concurrence restent, à bien des égards vivement critiquées. Ces critiques sont d'ordre politique (au sens large) et juridique.

Les premières qui sortent de notre champ disciplinaire, et consistent pour les uns à plaider pour un accroissement de l'externalisation des activités économiques au secteur privé fondant leurs justifications sur le dernier état d'une science économique ou des théories de management (*New Public Management*), colloquées à des fins politiques, tandis que les autres en appellent aux contradicteurs de ces mêmes théories, pour critiquer l'efficacité supposée de l'externalisation au secteur privé. Il s'agit en d'autres circonstances, de soutenir une économie en crise en relançant des investissements structurels ou stratégiques².

Les secondes, sans entrer dans le débat relatif à l'opportunité de l'externalisation au secteur privé, se concentrent sur les obstacles ou difficultés à le faire dans un cadre juridique déterminé.

De ce point de vue, le droit communautaire présente deux caractéristiques relativement liées.

D'une part, sous l'angle conceptuel, il a simplifié la typologie des contrats publics³ : il y a les marchés publics régis par le droit dérivé (directive 2004/17 et 2004/18) et les autres contrats publics, régis pour la plupart, par le droit primaire, des principes généraux⁴ et d'une certaine logique concurrentielle ou logique de marché⁵. Cette approche binaire, nécessairement plus lisible⁶, au demeurant faussement

¹ *Infra*.

² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des Régions, Mobilisation des investissements privés et publics en vue d'une relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme : développement des partenariats public-privé, COM (2009) 615 final, du 19 novembre 2009.

³ Singulièrement par rapport à celle que connaît le droit français, multipliant, dans un sens opposé; les formes contractuelles en droit interne, Gabriel Eckert, Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics, RFDA 2006 p. 238.

⁴ Rappelé régulièrement par la Commission européenne dans des communications interprétatives, voy. not., la communication du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives Marchés publics (JOCE, 2006/C 179/02); voy. la critique Jean-David Dreyfus, *De minimis praetor curat*, AJDA 2006 p. 1633

⁵ A.L. Durviaux, Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système, Bruxelles, Larcier 2006.

simple, n'empêche pas la fragmentation du droit et des pratiques en aval dans les Etats membres, censurée de manière, sévère⁷, aléatoire et relativement imprévisible au gré des procédures portées devant la Cour de Justice.

Car, d'autre part, sous l'angle opérationnel, le droit communautaire ne rencontre pas des difficultés inhérentes des relations juridiques qu'il prétend pourtant régir. En simplifiant les éléments fondamentaux des catégories juridiques, le droit communautaire a tendance à importer des solutions retenues pour la passation des marchés publics aux autres contrats publics. Ce mimétisme⁸ emporte une rigidification excessive des modalités de mises en concurrence, mettant en péril l'intérêt des acteurs pour telle ou telle formule partenariale.

Il passe à côté d'une œuvre de modernisation du droit des contrats publics en répétant les mêmes erreurs que certains droits nationaux : le formalisme et le principe d'égalité de traitement ne peuvent rencontrer les nécessités de processus concurrentiels censés permettre la désignation de la meilleure offre proposée par l'entreprise – on peut le supposer- la plus performante. Cet objectif qualitatif, plus complexe, implique des approches plus nuancées.

I. Le volet conceptuel : l'approche binaire

2. Les PPP contractuels et les PPP institutionnels⁹

La Commission européenne estime que les PPP se caractérisent par une coopération du partenaire privé à long terme en participant à la conception, l'exécution et l'exploitation du projet en supportant les risques traditionnellement pris en charge par le secteur public en contribuant à son financement¹⁰. A ce degré de généralités, le consensus est garanti. D'emblée, les PPP s'inscrivent dans l'approche binaire des contrats publics, il s'agit de marchés publics ou des concessions (de travaux ou de services). La consultation publique¹¹ sur le livre vert concernant les PPP et le droit des communautaire des marchés publics et des concessions a permis à la Commission de prendre conscience de la difficulté des acteurs d'appliquer ces règles aux PPPI¹².

La Commission va d'emblée limiter les PPPI à « une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics et des concessions »¹³. L'apport privé consiste, outre l'apport de capitaux¹⁴, en « la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte, et/ou la gestion de l'entité à capital mixte ».

Cette précision tautologique n'est pas neutre. Sous couvert de précision, la Commission a évacué la question en débat : la création d'une entité à capital mixte est-elle réductible à la figure juridique de marchés publics ou de concession ? Elle dicte également les solutions, il s'agira d'appliquer le droit dérivé (pour les marchés publics et les concessions de travaux publics) ou le droit primaire et les principes généraux (pour les autres contrats publics).

⁶ Jean-Marc Peyrical, L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions, AJDA 2009 p. 965.

⁷ Gabriel Eckert, Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics, RFDA 2006 p. 238

⁸ Souligné également par Gabriel Eckert, Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics, RFDA 2006 p. 238

⁹ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007)6661; RDI 2008.Actu 126

¹⁰ *ibid.*

¹¹ COM (2004) 327 du 30.4.2004

¹² COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005, page 9.

¹³ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007)6661, page 1.

¹⁴ Le seul apport de capitaux n'est donc pas visé par la communication selon la Commission. Il faut encore être attentif à la circonstance que l'apport en capitaux peut être régi par le droit des aides d'Etat et donc incidemment, les processus concurrentiels peuvent avoir une utilité.

A. Les marchés publics

(1) Les marchés publics et les concessions de travaux publics

3. Les marchés publics et les concessions de travaux publics

L'expression « marchés publics » en droit communautaire est composée d'éléments essentiellement génériques¹⁵ : il s'agissait de dépasser des spécificités nationales ce qui impliquait en soi, un degré élevé d'abstraction en vue d'opérer une synthèse de la diversité. Il s'agit d'un contrat écrit, conclu à titre onéreux, ayant pour objet des prestations économiques (travaux, fournitures et services), conclu entre deux partenaires que le temps a permis de considérer comme pouvant être tous deux, publics ou privés. La Cour de Justice a interprété de manière extensive tous ces éléments en recourant à des techniques d'interprétation fonctionnelle ou finaliste, renforçant encore la dimension générique de cette catégorie juridique¹⁶, en laissant certaines zones d'ombre. La rupture avec la tradition de certains Etats membres est brutale.

4. L'objet du contrat et la contrepartie

Sur ces deux points, le droit communautaire est redoutable à appréhender pour les juristes formés en droit interne. L'exigence contrat est considérée de manière ambiguë : dans certains complexes de faits, il n'apparaît pas clairement, se confondant avec des techniques unilatérales (dans un contexte de charge d'urbanisme)¹⁷, ou institutionnelles (organisation de relations entre pouvoirs publics)¹⁸.

Le caractère onéreux est en lui-même extensif : il ne dit rien de la forme de la contrepartie, ni de la qualité ou de l'identité du débiteur, ni de l'origine des ressources, la Cour de Justice ayant précisé que l'emploi de ressources publiques n'étaient pas un élément de la définition des marchés publics en droit communautaire¹⁹. Depuis la directive travaux de 89, cette précision permet d'englober les concessions de travaux et ne permet donc pas logiquement d'exclure les concessions de services. Si le problème de définition dans son principe a été résolu avec la directive 2004/18/CE, la concession de service étant un marché public exclu du droit dérivé, la question délicate de la distinction entre les deux figures juridiques reste, à notre sens, irrésolue en droit communautaire avec un degré de sécurité juridique suffisant. Le caractère onéreux permet une interaction évidente avec la problématique des aides d'Etats et partant, des politiques industrielles menées par les Etats membres.

L'objet de la relation juridique est défini par références à des prestations économiques (travaux, fournitures ou services²⁰), à des contrats particuliers (vente, location²¹, location-vente avec option d'achat) ou à des fonctions (conception, réalisation, réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur et non du pouvoir adjudicateur).

Tous les éléments sont présents pour une détermination incertaine du champ d'application, singulièrement, dans le champ des travaux puisqu'une entité publique dispose de nombreux outils juridiques (procédés contractuels et procédés unilatéraux), pour faire réaliser des travaux ou des ouvrages qui répondent à des besoins qu'elle spécifie.

¹⁵ V. A.L Durviaux, déjà cité, spéc., n°21, p. 44.

¹⁶ Pour plus de développements, *ibid*, première partie.

¹⁷ C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti Leopoldo Freyrie et Comune du Milano*, aff. C-399/98 (dite *La Scala*), *Rec.*, 2001, p. I-5409, concl. av. gén. Ph. LEGER.

¹⁸ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, 1999, p. I-8121, concl. av. gén. G. COSMAS.

¹⁹ C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission/R.F.A.*, aff. C-126/03, point 20.

²⁰ Eux-même faisant l'objet de nomenclatures détaillées.

²¹ Les directives laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choisir la formule contractuelle qu'ils souhaitent (Réponse de la Commission E-8103/2010 du 1er décembre 2010 à la question posée par Marielle de Sarnez, ACCP, 2011, n°106, p.8)

(2) Illustration de la complexité de la qualification de marché public en droit communautaire : les marchés publics de travaux

5. Présentation

Les marchés publics communautaires peuvent, par définition, comporter des objets multiples décrits de manière fonctionnelle (conception, réalisation, maintenance) relevant de la pratique des contrats globaux bien connue en droit international et dans divers droit interne. Ils peuvent, en outre, comporter des objets mixtes portant à la fois sur des travaux, des fournitures et des services. Enfin, ils peuvent comporter différentes formes de contrats (si l'on se réfère à des figures juridiques bien connues dans tous les systèmes juridiques des Etats membres), vente simple, vente conditionnée, vente à l'état future d'achèvement, contrat d'entreprise, contrat d'échange, les qualifications en droit interne ne sont pas pertinentes dans la qualification en droit communautaire.

La définition du marché public de travaux dans le droit dérivé comporte tous les éléments permettant une interprétation extensive. Il peut s'agir soit de confier la réalisation de travaux, soit de confier la conception et la réalisation de travaux, soit encore de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant à des besoins précisés par un pouvoir adjudicateur. Cette dernière expression est redoutable d'imprécision.

Si la démarche suivie par la Cour de Justice a permis une extension inattendue, rendant le principe de l'application du droit dérivé des marchés publics à de nombreux montages immobiliers possible sans être certain, certains enseignements peuvent aujourd'hui être tirés de sa jurisprudence.

6. L'extension inattendue

Cette conception extensive des marchés publics permet de régir des relations juridiques très diversifiées, et emporte sans doute parfois des conséquences inattendues. Ainsi, la Cour de Justice a appliqué le droit dérivé des marchés publics lorsque des prestations économiques (réalisation de travaux) ont été accomplies par le titulaire d'une autorisation urbanistique au titre de charge d'urbanisme²². Le titulaire de l'autorisation (promoteur) aurait dû comprendre qu'en se voyant imposé des charges d'urbanismes, il devenait « mandataire » de la collectivité publique (la ville de Milan), le choix des entrepreneurs qui allaient réaliser ces travaux devant se faire dans le respect du droit dérivé²³. Aussi surprenant que fut le raisonnement tenu par la Cour de Justice, elle le reprendra plus tard²⁴ pour préciser la méthode d'estimation de ce type de marché en vue de déterminer si le seul de publicité européenne est atteint. Sans surprise, c'est l'ensemble des ouvrages à réaliser qui doit être pris en compte.

7. Les marchés à objet mixte : le critère de l'objet principal

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des travaux et des fournitures ou services, le critère à prendre en considération pour choisir les règles applicables à sa passation réside dans le critère de l'objet principal du contrat (et non la valeur respective des prestations, solution qui prévaut pour les marchés portant à la fois sur les services et les fournitures)²⁵.

²² C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano* aff. C-399/98 (dite « La Scala »), *Rec.*, 2001, p. I-5409, concl. Ph. LÉGER, ; sur cet arrêt, voy. L. RICHER, « Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de Justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux », *A.C.C.P.*, n° 4, octobre 2001, pp. 61-63 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Chronique de droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2001, p. 948 et s. : les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par le C.E. fr., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *Rec.*, p. 326 ; *A.J.D.A.*, 1975, p. 345 et s., obs. M. DE FRANC et M. BOYON. ; *Contrats et marchés publics* 2001, comm. 154, note F. Llorens

²³ Pour une critique de cette interprétation par trop créative, v. A.L. Durviaux, déjà cité, spéc. Pp.54-58.

²⁴ Cour de justice des Communautés européennes, 21 févr. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04 ; *AJDA* 2008. 383.

²⁵ Cour de justice des Communautés européennes, 21 févr. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04 ; *AJDA* 2008. 383), arrêt rendu sous l'empire de la directive 93/37/CE, la solution valant sous l'empire de la directive 2004/18/CE.

La jurisprudence de la Cour de justice n'a pas varié sur ce point depuis l'arrêt *Gestión Hotelera Internacional*²⁶. Elle est suivie par la Commission européenne²⁷. Certes, le montant des prestations est un indice parmi d'autres pour déterminer l'objet principal du contrat, qui fera très souvent basculer le marché dans le régime de la passation des marchés de travaux. Mettre l'accent sur les travaux ou sur les services rendus par les travaux est affaire de sensibilités qui manifestement varient dans les systèmes de *common law* et romano-germaniques²⁸.

L'application concrète de ce principe n'est guère aisée et peut apparaître aléatoire.

Dans l'arrêt fondateur, la Cour a estimé que l'objet principal de la convention était une *cession de bien* alors que le contrat passé par le gouvernement des Iles Canaries avec un entrepreneur prévoyait que ce dernier installe dans un hôtel dont la collectivité publique était propriétaire un casino, y exploite ce casino et l'hôtel et rénove l'immeuble pour en faire un ouvrage de prestige.

Dans l'arrêt *Jean Auroux*²⁹, la Cour va retenir la qualification de *marché public de travaux* au motif que l'objet principal du contrat était la réalisation d'un ensemble de travaux débouchant sur la réalisation d'un ouvrage³⁰, un pôle de loisirs, les éléments de services prévus par la convention tels que les acquisitions foncières, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture ainsi que la commercialisation des bâtiments lui apparaissant secondaires.

Dans l'arrêt *Commission c/ Italie*³¹, la Cour de Justice interprétera la mise en place de sociétés diverses, par la ville de Cologne, combinée avec un bail qui pourrait être qualifié en droit français de bail à construction³², comme un marché public dont l'objet était bien la réalisation de travaux. Les fait au demeurant ne lui donnent pas tort. La ville de Cologne avait mis en place une société commerciale, détenue majoritairement par elle et par le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, qui avait cédé à une société d'investissement un terrain lui appartenant en vue de la construction de quatre halls d'exposition. Parallèlement, la ville de Cologne avait conclu avec l'entreprise cessionnaire un bail portant sur la « location de terrains devant comporter quatre halls d'exposition ». En vertu de ce bail, la société d'investissement devait construire les quatre halls suivant les prescriptions définies par la ville dans le contrat puis accorder à cette dernière, la jouissance du terrain et des bâtiments construits, pour une durée de 30 ans moyennant un loyer mensuel. Un contrat de sous-location du terrain et de ses quatre halls d'exposition, a été conclu entre la ville de Cologne et la société initialement propriétaire desdits terrains. Avec ce contrat, la ville de Cologne cédait à la société la jouissance des bâtiments à construire et, par un autre contrat, donnait tout pouvoir à cette société pour exercer l'ensemble de ses droits et remplir l'ensemble de ses obligations à l'égard de la société d'investissement constructrice. Pourquoi faire simple lorsque l'on peut faire compliqué ? En tout cas, le montage contractuel complexe n'est pas en soi une manière d'échapper au droit dérivé des marchés publics, la Cour de Justice a pu estimé dans celui imaginé par la Ville de Cologne que l'objet principal de celui-ci était bien de réaliser des travaux définis par un pouvoir adjudicateur, la

²⁶ CJCE 19 avr. 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, aff. C-331/92)

²⁷ Une vente de terrains communaux à une personne privée avec une obligation de construire n'est pas un marché public de travaux lorsque le contrat ne comporte aucune exécution de travaux spécifiés préalablement par le pouvoir adjudicateur (rép. QE parlementaire, n° E-0951/2008). Par contre, l'achat d'un terrain par un pouvoir adjudicateur à un investisseur auquel il est demandé de réaliser sur celui-ci un ouvrage public de 7,4 M€ est un marché public de travaux car le principal objectif poursuivi par la personne publique (en l'occurrence un Land allemand) au travers de ce contrat est de disposer d'un bâtiment pour ses services fiscaux (avis motivé de la Commission en date du 19 mars 2009, cité in Contrats publics mai 2009, n° 88, p. 9), mis en avant par Etienne Fatôme, Philippe Terneyre, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt *Jean Auroux*, AJDA 2009 p. 1868

²⁸ V., A.L. Durviaux, déjà cité, spéc. n°99 à 110, pp. 116-124, sur les PFI au Royaume-Uni.

²⁹ CJCE 18 janv. 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, BJCP 2007, n° 52, p. 184 concl. J. Kokott, note Ph. T. ; E. Fatôme et L. Richer, La procédure de passation des concessions d'aménagement. Entre le décret du 31 juillet 2006, l'arrêt *Auroux* et le décret à venir, AJDA 2007. 409 ; RD publ. 2007. 1329, note S. Braconnier ; Contrats Marchés publ. 2007, comm. n° 38, W. Zimmer et chron. n° 13, H. Pauliat ;

³⁰ L'ouvrage est défini par le droit dérivé comme un ensemble de travaux destinés à remplir une fonction économique et technique. L'appliquer à un "pôle urbain de loisirs", ne va pas de soi.

³¹ Cour de justice des Communautés européennes, 29 oct. 2009, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-536/07

³² Stéphane Braconnier, Bail à construction et notion de marché public de travaux, Revue de droit immobilier 2010 p. 149

qualification de location dans l'espèce ne rendant pas compte de l'opération³³. Elle l'a répété en d'autres occasions, en réprimant le « montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics »³⁴.

8. La qualité du cocontractant

Le cocontractant doit être un opérateur économique susceptibles de réaliser les travaux par ses moyens propres ou par des moyens dont il dispose. En d'autres termes, il ne doit pas nécessairement être un entrepreneur. Aussi surprenant que cela puisse apparaître, cette précision reprise dans l'arrêt *Ordre des architectes de la province de Milan*³⁵, n'est que l'application d'une jurisprudence ancienne, *Ballast Nedam I et II et Host Italia Spa*³⁶, valant pour tous les marchés publics.

9. Le caractère onéreux

Le caractère onéreux du contrat est la contrepartie offerte au cocontractant en raison de la réalisation des travaux³⁷ (ou de l'ouvrage). Il peut s'agir d'un prix, de la renonciation dans le chef du pouvoir adjudicateur à percevoir une recette à charge de l'entrepreneur³⁸ ou de recettes provenant de tiers, l'ensemble de toutes les contreparties servant à déterminer si le seuil européen est atteint³⁹.

10. L'ouvrage doit répondre à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur

Cette dernière condition est la plus délicate à appliquer.

Elle exprime clairement que l'ouvrage ne doit pas répondre à des besoins *du* pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, l'ouvrage ne doit pas nécessairement revenir dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur ou être destiné à son usage. Elle implique également que la qualité de maître d'ouvrage n'est pas déterminante dans la qualification⁴⁰.

Ceci étant dit, le droit dérivé ne dit pas comment ces besoins doivent être précisés ? Faut-il qu'il y ait une commande (pris dans son commun) du pouvoir adjudicateur⁴¹ ? Exige-t-on une initiative du pouvoir adjudicateur ? Les besoins doivent-ils être précisés dans le contrat précisément ? Peuvent-ils l'être dans d'autres actes juridiques comme des autorisations unilatérales en matière d'urbanisme, d'aménagement du territoire ou d'implantations commerciales ? Si la concession de travaux est un marché public, comment concevoir le droit d'exploitation dans une opération immobilière ? Peut-on en rester à la conception de l'exploitation retenue par la Cour de Justice en matière de TVA selon laquelle sont concernées « toutes les opérations [...] qui visent à retirer du bien en question des recettes ayant un caractère de permanence »⁴², ce qui semble exclure la concession dans de nombreuses opérations immobilières lorsque les ouvrages sont vendus à des tiers qui vont les exploiter ou simplement en profiter ? Faut-il, au contraire, approcher cette exigence de manière spécifique dans le droit dérivé des marchés publics ?

³³ Stéphane Braconnier, Bail à construction et notion de marché public de travaux, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 149.

³⁴ Point n° 48 de l'arrêt *Commission c/ RFA* (CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, AJDA 2009. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert).

³⁵ CJCE 12 juill. 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, aff. C-399/98, BJCP 2001, n° 19, p. 475, concl. Ph. Léger.

³⁶ CJCE, 14 avril 1994, *Ballast Nedam Groep c/ Etat belge*, aff. C-389/92, rec., I-1289, concl.av.gén. W. Van Gerven; CJCE, 18 décembre 1997, *Ballast Nedam Groep c/ Etat belge*, aff. C-5/97, rec. I-7549, concl. Av. Gén. A. La Pergola; CJCE, 2 décembre 1999, *Host Italia Spa, Commune di Cagliari*, aff. C)176/98, Rec I-8607; pour une critique de cette jurisprudence, v. A.L. Durviaux, op. Cit., spéc. n° 425, pp. 454-457.

³⁷ CJCE 18 janv. 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05.

³⁸ CJCE 12 juill. 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, aff. C-399/98.

³⁹ CJCE 18 janv. 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05 (point 57).

⁴⁰ CJCE 18 janv. 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05.

⁴¹ V., concl.O. Lenz sur CJCE 19 avr. 2004, *Gestión Hotelera Internacional SA*, aff. C-331/92 ; v., par ex., F. Llorens, Typologie des contrats de la commande publique, *Contrats Marchés publ.* 2005, études 7 ; A. Tassone, note sur CAA Bordeaux 1 mars 2005, *MM. Carrière et Molinier* (n° 01BX00788, AJDA 2005. 1197) ; P. Proot, Faut-il (ré)affirmer le critère de l'initiative dans le contrat des travaux ?, *ACCP déc.* 2007, n° 72, p. 180.

⁴² CJCE 20 juin 1991, *Polysar*, aff. C-60/90, Rec. CJCE 3111 ; D. 1991. IR. 195.

Ces questions, prosaïques, intéressent les praticiens et les acteurs publics et privés impliqués dans des réalisations foncières et immobilières. Seules des réponses précises sont susceptibles de permettre à ceux-ci et aux Etats membres de s'assurer de la bonne application du droit dérivé des marchés publics. Sans doute faut-il dépasser une interprétation paranoïaque des comportements de ces derniers pour mesurer que la plupart restent soucieux de la légalité de leur projet.

Quelles que soient les opinions doctrinales sur ce point⁴³, force est de constater que la jurisprudence de la Cour de Justice, reste évasive sur certains de ces points.

Il est cependant acquis que les qualifications de droit interne ne peuvent entrer en ligne de compte. Partant, peu importe que le support de l'opération soit une vente de terrain comportant des obligations de réalisation de travaux précises, une vente à l'état futur d'achèvement, ou d'autres contrats ou groupe de contrats.

Pour les ensembles immobiliers comportant des réalisations publiques et des réalisations privées, les réponses varient selon que l'on considère, la jurisprudence relative à l'objet principal du contrat ou l'approche globale de l'arrêt *Auroux*. Il est tout aussi délicat de proposer une réponse lorsqu'il existe plusieurs contrats distincts pour les réalisations publiques et les réalisations privées, dans le cadre d'une opération globale. Certains soutiennent que si le pouvoir adjudicateur ne définit pas le programme des réalisations privées, la qualification de marché public de travaux pourrait trouver une solution avec le critère de l'objet principal⁴⁴. Si cette position nous semble raisonnable, elle peut apparaître audacieuse dans la mesure où la Cour de Justice n'a jamais clairement posé comme exigence la définition d'un programme de construction, expression qui nous semblent beaucoup plus restrictive que la définition de besoins auxquels doivent répondre un ouvrage.

Ni la Commission européenne, ni la Cour de Justice ne semblaient percevoir le désarroi des praticiens, ni l'étendue des problèmes pratique jusqu'à l'arrêt *Helmut Müller*⁴⁵. La pertinence des questions posées par le juge allemand était impressionnante et, sans doute, a mis en lumière précisément les difficultés des acteurs. A cette occasion, un nouvel élément – il est sans doute tôt pour parler de véritable critère- est intervenu dans la qualification : rappelant la jurisprudence *Auroux*, la Cour rappelle qu'il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire des ouvrages, mais encore faut-il qu'il y trouve « un intérêt économique certain », précision essentielle de l'arrêt⁴⁶. L'expression est en soi ambiguë dans le cadre de l'action publique. Cette dernière ne se mesure pas systématiquement à l'aune d'une évaluation économique, sauf à l'inclure dans l'intérêt général de toute construction sous prétexte qu'elle est susceptible de générer des recettes fiscales, ce qui emporte une réduction considérable de sa dynamique. L'avocat général a donné des premières pistes d'interprétation en identifiant trois hypothèses où l'intérêt économique certain est présent. La première, qui ne posait pas de problème particulier, est celle où le pouvoir adjudicateur devient propriétaire de l'ouvrage ou acquiert un droit relatif à ce dernier. La seconde est celle où il participe à son financement à l'aide de ressources publiques ou en mettant à disposition gratuitement ou à prix réduits des terrains. La troisième est l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur prend l'initiative suscitant la réalisation des travaux ou de l'ouvrage, sachant qu'alors, l'exercice d'une compétence urbanistique ne suffit pas, cette précision valant également lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins auxquels doit répondre l'ouvrage. La Cour précise encore que le contrat doit comporter, dans le chef de l'opérateur économique, une obligation de réaliser les travaux dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par des juridictions – ce qui nous semble inhérent à la notion d'obligation juridique.

⁴³ Certains n'hésitent pas à se livrer à des exercices de qualification très précis, v., par exemple, au sujet des VEFA et simples opérations de vente en droit français, Etienne Fatôme, Philippe Terneyre, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt *Jean Auroux*, AJDA 2009, p. 1868.

⁴⁴ Etienne Fatôme, Philippe Terneyre, A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt *Jean Auroux*, AJDA 2009 p. 1868.

⁴⁵ CJUE, 25 mars 2010, Helmüt Muller, aff. C-451/08, Contrats et marchés publics, 2010, n°5, comm.164, note Zimmer.

⁴⁶ F. Lorrens, P. Soler-Couteaux, La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés de travaux : la vision de la CJUE (à propos de l'arrêt *Helmut Müller*), contrats et marchés publics, 2010, n°5, repère 5.

Certains voient dans cet arrêt une halte à l'extension incontrôlée du champ d'application de la directive dans son volet travaux⁴⁷ et s'empressent d'appliquer cette solution à divers cas d'espèce pour conclure que l'exigence du caractère onéreux impliquerait qu'une vente de terrain où le pouvoir adjudicateur encaisserait simplement le prix normal de la vente en dépit de la circonstance que le critère matériel serait présent (soit un projet conçu par le pouvoir adjudicateur ou un appel à projet lancé par le pouvoir adjudicateur). A notre sens, cette analyse ne peut être suivie car elle omet une précision constante apportée par la CJUE, la contrepartie peut provenir de tiers. Partant, la réalisation des travaux destinés à être vendus à des tiers ou exploités au bénéfice de tiers implique une rétribution précise soit sous la forme d'un prix de vente, soit sous la forme d'une location.

A vrai dire, hormis la nouvelle clé de lecture relativement mystérieuse à ce stade, l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur qui marque la prise de conscience de la difficulté, l'arrêt *Helmut Müller* est loin de trancher définitivement, l'épineuse question de la qualification de marché public de travaux en droit communautaire. Néanmoins, il pose une limite claire et raisonnable à l'extension de la portée à donner à l'expression « marché public de travaux » en droit communautaire : l'exercice d'une compétence de régulation en matière d'urbanisme ne suffit pas à remplir la condition de la précision du besoin auquel doit répondre l'ouvrage. En toute hypothèse, l'extension du principe de transparence, ne met pas à l'abri des processus de mise en concurrence, l'aliénation d'actifs publics en général, dans la mesure où elle serait liée à l'exercice d'une activité économique et présenterait un intérêt transfrontalier (point B).

B. Les autres contrats publics : droit primaire et principes généraux

11. Les « autres contrats publics » dont les concessions de services publics⁴⁸

Avec l'arrêt *Steinhauser*⁴⁹, la Cour de Justice a ouvert la voie de l'application des libertés fondamentales aux contrats passés par des autorités publiques en jugeant que la liberté d'établissement s'opposait à ce qu'une commune refuse la location d'un de ses biens à un artiste-peintre allemand, réservant celle-ci à des nationaux. Avec l'arrêt *Vestergaard*⁵⁰, la Cour de Justice a poursuivi dans cette voie pour les marchés publics se situant en dessous des seuils européens. L'histoire retiendra sans doute l'arrêt *Telaustria* par lequel, la Cour de Justice a posé le principe que « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier imposent au pouvoir adjudicateur une obligation de transparence » qui, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication⁵¹. Rendu au sujet d'une concession de service public, la solution pouvait plus clairement être étendue à d'autres contrats publics, comme les concessions relatives à l'occupation du domaine public⁵². L'exigence de degré de publicité adéquat permettait une certaine flexibilité dans l'application du principe, l'avocat général ayant au demeurant considéré que « la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication ».

12. L'épineuse définition des concessions de services en droit communautaire

⁴⁷ F. Lorrens, P. Soler-Couteaux, La vente de terrains, la concession de travaux publics et les marchés de travaux : la vision de la CJUE (à propos de l'arrêt *Helmut Müller*), contrats et marchés publics, 2010, n°5, repère 5.

⁴⁸ V. la communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, 200/C/121/02, JOCE, C 121, 29 avril 2000.

⁴⁹ C.J.C.E., 18 juin 1985, *Steinhauser*, aff. C-197/84, Rec., 1819.

⁵⁰ C.J.C.E., (ord), 3 décembre 2001, *Vestergaard*, aff. C-59/00, Rec. I, 9507.

⁵¹ CJCE 7 déc. 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec. I 10770 ; AJDA 2001. 106, note L. Richer ; AJDA 2001. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; réaffirmé par la suite, v. not. CJCE 21 juill. 2005 *Consortio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03 ; CJCE 13 oct. 2005 *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03

⁵² J.D. Dreyfus, La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles du traité de Rome, AJDA 2008 p. 2172

La distinction entre la notion de marché public et la notion en droit communautaire ne semble pas être plus aisée que dans les droits internes qui la connaissent. La difficulté d'ordre formel a disparu avec la directive 2004/18/CE puisque logiquement, la concession de service a été qualifiée de marché public à l'instar de la qualification de concession de travaux publics depuis 1989, la directive 2004/17/CE excluant les concessions de travaux et de services de son champ d'application. Il ne pouvait en être autrement lorsque le marché public est défini comme un contrat onéreux, expression qui englobe différentes formes de rémunération et que la concession de travaux a été définie comme un marché public dont la contrepartie réside dans le droit d'exploiter l'ouvrage éventuellement assorti d'un prix. La difficulté de fond reste entière : quels sont les critères ou les indices raisonnables de distinction entre les deux figures juridiques ? Les plus optimistes voient dans l'arrêt *Eurawasser*⁵³, l'expression d'une maturité dans la jurisprudence de la Cour de Justice⁵⁴. La maturité nous semble plus formelle que réelle. En effet, le critère du *transfert significatif d'un risque d'exploitation* reste un concept mou, délicat à appliquer concrètement et donnant lieu à une jurisprudence de la Cour de Justice très peu consistante⁵⁵. L'application qu'en a faite la Cour de Justice dans l'arrêt *ASM Brescia* illustre à notre sens, cette dernière précision. Aucun des éléments retenus par la Cour de Justice pour nier le transfert d'une part significative d'un risque d'exploitation ne nous semble pertinents dans la mesure où ils étaient de nature à poser des limites à celui-ci sans pour autant le faire disparaître, tout en assurant l'exploitation du *process* industriel d'incinération des déchets qui suppose avant tout de pouvoir dimensionner l'usine. Assurer une rentabilité minimale (théorique – puisque l'usine n'est pas construite) ne supprime pas le risque lié à l'exploitation, puisque celle-ci implique que des choix techniques complexes fonctionnent selon les prévisions du concessionnaire. Au demeurant, dans les temps économiques incertains que l'Europe connaît, tout contrat de plusieurs millions (parfois proche du milliard) sur des périodes supérieures à 30 ans, suppose des clauses pour gérer les aléas susceptibles d'intervenir sur de telles périodes.

Cette idée de transfert du risque hante les manuels de droit administratif français, et dans une mesure moindre belge, la formule y étant moins souvent utilisée. Il est curieux à la fois de caractériser la concession comme une formule contractuelle impliquant un transfert du risque d'exploitation alors que les grands arrêts fondateurs en la matière soulignaient au contraire, l'implication des pouvoirs publics dans le partage réel du risque de l'exploitation, précisément parce qu'il s'agissait d'une activité de « service public » et non une simple activité « privée ».

A vrai dire, l'exclusion du champ d'application du droit dérivé des marchés publics des concessions de services ne relève pas d'une logique conceptuelle mais tient, plus prosaïquement à deux choses : une certaine forme d'exception française – compte tenu de certains intérêts en jeu à l'époque- et une obstination de la Commission européenne à considérer la procédure négociée pour ce qu'elle n'est plus, une forme de mise en concurrence de seconde catégorie, alors que la négociation est un processus essentiel à l'équilibre des engagements contractuels, lorsque les deux partenaires sont raisonnablement soucieux de leurs intérêts et compétents⁵⁶.

L'incertitude liée à l'actuelle jurisprudence de la Cour de Justice est sans doute le plus sûr encouragement à l'adoption de positions plus raisonnables des uns et des autres. Il devrait en être d'autant plus ainsi que l'épineuse question de la protection juridictionnelle efficace de ces contrats est toujours susceptible d'être clarifiée par un arrêt de principe de la Cour de Justice.

⁵³ CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, AJDA 2009, p. 1637.

⁵⁴ David-André Camous, L'arrêt *Eurawasser* marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession ? AJDA 2010 p. 162.

⁵⁵ Les principaux arrêts rendus sur cette question sont : CJCE, 20 mai 2002, *Buchhänder-Vereinigung*, aff. C-358/00; CJCE, 6 avril 2005, *ANAV*, aff. C-410/04; CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. -231/03; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03; CJCE, 27 octobre 2005, *Contse*, aff. C-234/03; CJCE, 17 juillet 2008, *Brescia*, aff. C-347/06; CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel*, aff. C-324/07; CJCE, 11 juin 2009, *Schuhttechnik*, aff. C-300/07, outre l'arrêt *Eurawasser*.

⁵⁶ Pour plus de développements sur des possibles réformes des modes de passation, v. A.L. Durviaux, La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes, in *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 79-170.

13. L'obligation de transparence

L'obligation de transparence déduite d'un principe d'égalité de traitement n'était pas étrangère aux traditions des Etats membres⁵⁷, même si son statut a évolué dans le droit des contrats publics⁵⁸.

Les modalités de cette obligation de transparence, hors droit dérivé des marchés publics, sont plurielles.

Pour les services relevant de la liste B (services non prioritaires), tout en rejetant le recours *in casu*, Cour de Justice⁵⁹ a considéré qu'en dépit de la circonstance que la directive 92/50/CE (applicable à l'époque) n'imposait pas une publicité *a priori* lors de la passation des marchés de services ayant pour objet de tels services (mais seulement une publicité *ex-post*), et compte tenu d'une part, des objectifs poursuivis par cette directive, et d'autre part, que le régime de publicité prévu par cette directive ne peut faire obstacle à l'application des principes découlant des articles 43 et 49 du traité dans l'hypothèse où le marché présenterait un intérêt transfrontalier, les marchés ayant pour objet des services de l'annexe IIB devaient être passés en respectant l'obligation de transparence conformément à sa jurisprudence *Telaustria*.

Cette solution a été à juste titre critiquée par la doctrine⁶⁰. Dans le cas d'espèce, une directive spécifique avait pour objet de mettre en œuvre le principe général de transparence⁶¹, il n'allait pas de soi qu'un principe général puisse ainsi permettre de dégager une solution *contra legem*. Qu'à cela ne tienne, la Cour de Justice va imposer le principe d'une publicité préalable pour les marchés présentant un intérêt transfrontalier certain, le pouvoir adjudicateur étant censé vérifier cet intérêt, ce qui induit presque une obligation dans son chef une publicité systématique. Le simple fait pour la Commission d'avoir reçu des plaintes ne permet pas d'établir l'intérêt transfrontalier.

Se posait également la question de savoir si l'intérêt transfrontalier certain était une limite générale à l'obligation de transparence ou spécifique aux marchés de services de la liste B, d'autant que cette précision avait disparu dans un arrêt postérieur⁶². La réponse à cette question sera apportée par l'arrêt *Commission c/ Italie*⁶³ qui transpose l'exigence d'intérêt transfrontalier certain aux marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires, faisant de cette exigence une limite générale à la portée du principe de transparence. Elle était, au demeurant, déjà présente en germe dans des arrêts antérieurs, la Cour de Justice ayant précisé qu'il fallait que le contrat soit susceptible d'intéresser une entreprise établie dans un autre Etat membre⁶⁴.

Si l'on perçoit intuitivement que la notion d'intérêt transfrontalier certain est liée à son montant, au lieu d'exécution et aux techniques mises en œuvre pour sa réalisation⁶⁵, quelle interprétation donner à l'exigence de publicité adéquate ?

Deux approches sont possibles : soit l'on considère que la publicité européenne s'impose dès que l'intérêt transfrontalier est vérifié, soit l'on retient une interprétation plus subjective, qui intègre le

⁵⁷ En France, ces principes découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (Cons. const. 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC, AJDA 2003, p. 1404, note E. Fatôme et p. 1391, note J.-E. Schoettl ; v., déjà, Cons. const. 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC) comme le rappelle Jean-David Dreyfus, Portée de l'obligation de transparence dans les marchés publics de service, AJDA 2006 p. 374

⁵⁸ En France, v. C. Maugüé, La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics, *Mélanges Moderne*, Dalloz, p. 609

⁵⁹ CJCE, Grande ch., 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03.

⁶⁰ R. Noguellou, La portée du principe communautaire de transparence, *Revue de droit immobilier* 2008 p. 40 (Cour de justice des Communautés européennes, Grande ch., 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03)

⁶¹ Cette volonté est plus clairement affirmée dans les considérants des dernières directives 2004/17 et 2004/18.

⁶² CJCE 18 déc. 2007, *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06, souligné par R. Noguellou, La portée du principe communautaire de transparence, *Revue de droit immobilier* 2008 p. 209

⁶³ Cour de justice des Communautés européennes, 21 févr. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04 ; AJDA 2008. 383)

⁶⁴ CJCE 21 juill. 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec. CJCE I-7287 ; AJDA 2005. 1541.

⁶⁵ CJCE., 17 juillet 2008, *Brescia*, aff. C-347/06.

comportement d'un opérateur raisonnablement vigilant, qui trouve ses racines dans la jurisprudence communautaire relative à la protection de la confiance légitime⁶⁶ qui permet d'imposer des normes de comportement aux opérateurs économiques.

Le Conseil d'Etat français a retenu la seconde interprétation dans le cadre du renouvellement de la délégation du service public des transports urbains pour la période 2008-2013 par la Communauté urbaine de Bordeaux⁶⁷. Il a jugé que si les publications intervenues dans deux supports ne bénéficiaient pas d'une diffusion européenne, elles n'en restaient pas moins une source d'information reconnue pour les avis concernant les délégations de service public passées sur le territoire français. Partant, elles ne pouvaient échapper « à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par la délégation de service public en cause, y compris ceux implantés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne », ceux-ci étant nécessairement de grandes entreprises. Le Conseil d'Etat a procédé selon une méthode indiciaire bien connue en droit administratif, à une analyse des circonstances de l'espèce pour en arriver à cette conclusion. Cette solution rejoint les précisions apportées au sujet de l'obligation de transparence par la Cour de Justice dans son arrêt *Coname*⁶⁸, cette dernière n'ayant pas exigé des collectivités publiques qu'elle procède par appel d'offres nécessairement pour autant « qu'une entreprise située sur le territoire d'un [autre] Etat membre [...] puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession ». Les mesures de publicité peuvent dès lors être succinctes et se limiter à une description des éléments essentiels du contrat avec l'indication d'une personne de contact⁶⁹.

Il semble bien que le principe général de transparence n'implique pas en tant que tel un alignement des solutions retenues par le droit dérivé des marchés publics. Récemment encore, la Cour de Justice⁷⁰ a estimé que l'exigence de pondération des critères d'attribution prévue pour les marchés publics des secteurs classiques par une disposition spécifique⁷¹, même si elle vise à garantir le respect des principes de l'égalité de traitement et de transparence⁷², ne pouvait être étendue aux marchés ayant pour objet des services non prioritaires qui n'étaient pas concernés par cette disposition⁷³. Toutefois, dans l'appréciation des faits de l'espèce et se fondant sur les principes d'égalité de traitement et de transparence, la Cour de Justice a censuré la modification de la pondération des critères d'attribution du marché litigieux suite à un premier examen des offres.

14. Au delà du contrat, l'obligation de transparence (ou mise en concurrence) des actes unilatéraux

La distinction structurante dans de nombreux droit interne entre actes unilatéraux et contrats n'a pas une incidence déterminante en droit communautaire lorsqu'il s'agit d'apprécier l'étendue du principe de transparence.

L'octroi d'un agrément conférant à un opérateur un droit exclusif pour exercer une activité économique doit respecter les exigences de l'article 49 du traité CE, notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, tel est l'enseignement principal de l'arrêt *The Sporting exchange Ltd*⁷⁴. Cette extension du principe de l'obligation de transparence était attendue, ne serait-ce que parce qu'annoncée par la Commission européenne avec fermeté⁷⁵ et en raison de la circonstance qu'elle s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice relative aux

⁶⁶ F. Train, L'obligation d'information sur une délégation de service public susceptible d'intéresser un opérateur européen, AJDA 2009 p. 1889, auteur d'une thèse sur *Le principe de protection de la confiance légitime en droit communautaire*, thèse soutenue à Bordeaux le 22 févr. 2008.

⁶⁷ Affaire dont le compte rendu figure dans la note précédente.

⁶⁸ Déjà cité.

⁶⁹ Dans le même sens, la communication interprétative de la Commission du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives Marchés publics (déjà citée).

⁷⁰ CJUE, C-226/09, 18 Novembre 2010, Commission européenne/Irlande

⁷¹ Article 53 de la directive 2004/18/CE.

⁷² V., not., CJUE du 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Rec. p. I-11617, point 98, ainsi que du 24 novembre 2005, *ATI EAC e Viaggi di Maio e.a.*, C-331/04, Rec. p. I-10109, points 22 à 24.

⁷³ Points 42 à 44 de l'arrêt.

⁷⁴ CJUE, 3 juin 2010, *The Sporting exchange Ltd*, aff. C-203/08; Contrats et marchés publics, 2010, comm. 422.

⁷⁵ Not. dans sa communication relative aux concessions (déjà citée).

autorisations unilatérales dérogeant à une liberté fondamentale⁷⁶. Certes, l'obligation de transparence est affirmée avec netteté pour la première fois par la Cour de Justice.

Cet arrêt renforce le principe de transparence lors de la dévolution parfois qualifiée d'unilatérale dans certains Etats membres de concession ou autre droit de nature similaire, mais également plus largement pour toutes les autorisations de police⁷⁷, lorsque ces dernières limitent l'exercice d'une activité économique même purement privées, et sans doute, les autorisations unilatérales d'occupation du domaine public.

L'arrêt ne concerne que les activités économiques qui présentent un intérêt transfrontalier certain et la Cour de Justice y a adopté, sur avis contraire de son avocat général, une interprétation spécifique de l'exception « *in house* » : lorsque le bénéficiaire du droit exclusif est un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'Etat ou à un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit, l'obligation de transparence est écartée⁷⁸.

La même logique est également perceptible dans la directive dite « services »⁷⁹. Les procédures de sélection entre plusieurs candidats lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, ne comporte aucune distinction entre les autorisations unilatérales ou autorisations conventionnelles. Elles doivent offrir toutes les garanties d'impartialité et de transparence en terme de publicité adéquate de l'ouverture de la procédure et de son déroulement⁸⁰.

II. Le volet opérationnel : la création et l'exécution des PPP

A. La création

15. Principes

Le choix d'un opérateur économique privé dans le cadre d'un PPPI s'est construit au fur et à mesure que la Cour de Justice précisait sa jurisprudence relative aux relations dites « *in house* » ou internes. Cette jurisprudence, précisant par ailleurs les conditions de mise en place d'un partenariat public-public institutionnalisé – et ce n'est pas le moindre des paradoxes – instrument de réalisation d'un marché public ou d'un autre contrat public, permet de mieux cerner les principes régissant le choix d'un opérateur économique privé.

(1) Le choix d'un opérateur économique public

16. Présentation

Avec l'arrêt *Teckal*⁸¹, la Cour de Justice va affirmer le principe de l'application du droit dérivé des marchés publics aux relations (consensuelles ou contractuelles) qui se nouent entre des pouvoirs adjudicateurs. Pour ce faire, elle ne s'embarrassera pas du problème de l'identification d'un contrat particulier. Au contraire, d'emblée, elle va considérer un complexe de relations juridiques issues d'actes unilatéraux, de contrats et autres arrangements.

⁷⁶ F. Llorrens, P. Solers-Couteaux, L'extension de l'obligation de mise en concurrence aux actes unilatéraux, Contrats et marchés publics, 2010, Repère n°11.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ La directive 2006/123/CE du parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO 27 déc. 2006, n° L 376, devant être transposée pour le 28 décembre 2009.

⁸⁰ J.D. Dreyfus, La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles du traité de Rome, AJDA 2008 p. 2172.

⁸¹ CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-107/08.

Cette assimilation n'allait pas de soi sous l'angle conceptuel⁸². Il aurait été tout aussi logique de limiter l'appel au « marché » aux prestations spontanément offerte par celui-ci et dès lors, par des opérateurs économiques principalement privés et dans de rares hypothèses, publics. Au demeurant cette question touche principalement à la liberté d'organisation administrative interne – ce que la Cour de Justice fini par rappeler – question qui aurait pu être considérée comme relevant d'une prérogative de puissance publique échappant à la logique de marché. Plus techniquement, la conclusion d'un accord entre pouvoirs publics résulte très souvent de l'exécution d'une disposition légale, réglementaire ou unilatérale prise par des organes démocratiquement élus, situation qui semblait exclue par le droit dérivé. Il aurait parfaitement été possible d'aborder la question exclusivement sous l'angle des droits exclusifs de l'article 86 du TCE, comme le laissait supposer le 8^{ème} considérant de la directive 92/50/CE applicable à l'époque où la Cour allait rendre son l'arrêt de principe.

La situation est cependant plus complexe qu'il n'y paraît. Les instances communautaires semblent hésitantes sur le sujet. A ce stade, il reste de nombreuses inconnues à commencer la question de savoir si la Cour et la Commission persisteront dans l'appréhension de cette vaste question sous l'angle contractuel ou sous l'angle unilatéral, sous l'angle de la logique de marché ou sous l'angle de la liberté d'organisation des administrations en droit interne.

Pour la Cour de Justice⁸³, tout n'est pas un marché public. Elle a ainsi rappeler, après l'arrêt *Teckal*, que l'exercice directe d'une compétence établie par la loi ne constitue pas un marché publics.

Elle a ainsi jugé que la fourniture, sans publicité préalable, de services de transport d'urgence en ambulance par un service public de protection contre l'incendie ne viole pas les principes généraux du droit communautaire. En l'espèce, la Commission européenne considérait qu'en autorisant le service responsable des sapeurs-pompiers à Dublin (DCC) à fournir des services de transport d'urgence en ambulance, sans publicité préalable, l'Irlande avait manqué aux articles 43 CE et 49 CE. L'Irlande a fait valoir que les services d'intervention d'urgence devaient être fournis dans le cadre d'un service public et que la législation nationale conférait spécifiquement les pouvoirs de fournir des services de transport d'urgence en ambulance au DCC. La CJCE a rejeté le recours de la Commission. Elle a retenu que le DCC a assuré des services de transport d'urgence en ambulance en qualité d'autorité sanitaire et a, par la suite, fourni ces services au moyen de son service permanent de protection contre l'incendie. Par conséquent, précise la Cour, rien ne démontre « qu'il aurait existé une passation d'un marché public, étant donné qu'il ne saurait être exclu que le DCC fournit des services de transport d'urgence en ambulance en exerçant ses propres compétences, directement tirées de la loi ».

Cet arrêt, clair, ne doit pas masquer la difficulté réelle de la mise en place de collaboration entre pouvoirs publics. En effet, la Cour de Justice a par ailleurs appliqué le droit dérivé de marchés publics ou le droit primaire et les principes généraux à des relations qui se nouaient entre des pouvoirs publics dans l'accomplissement de leur mission qui seraient qualifiées de service public dans de nombreux droits internes, ou de services d'intérêt économique général, si l'on en reste à la terminologie européenne.

Depuis une dizaine d'années, la question de la collaboration entre personnes de droit public dans le cadre de la réglementation sur les marchés publics⁸⁴ et de l'obligation générale de mise en concurrence⁸⁵ a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de Justice.

Il s'agit chaque fois de déterminer si un rapport⁸⁶ entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci (une ou plusieurs autres autorités publiques ; une ou plusieurs sociétés

⁸² A.L. Durviaux, Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, déjà cité, spéc., n°162; pp. 176-177.

⁸³ CJCE, 18 décembre 2007, aff., C-532/03, AJDA 2007 p. 2408.

⁸⁴ Actuellement : Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114.

⁸⁵ Obligation consacrée à propos des contrats publics à titre onéreux échappant au champ d'application des directives citées à la note précédente (tels que les concessions de services publics) : C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec. C.J.U.E.*, p. I-10745.

d'économie mixte ; un ou plusieurs partenaires privés ; etc.) constitue un marché public, un autre contrat régi par le droit primaire et les principes généraux, ou encore un autre complexe de relation qu'il faut considérer sous l'angle de la liberté d'organisation des administrations relevant du droit interne des Etats membres.

La jurisprudence examinée a été consacrée dans tous les domaines du droit des contrats et marchés publics : marchés publics de fournitures⁸⁷, marchés publics de services⁸⁸, marchés publics de travaux⁸⁹ et concessions de services publics⁹⁰.

Cette jurisprudence est fondée par la Cour de Justice sur les directives de marchés publics (pour les marchés publics) et sur le droit primaire (notamment les art. 12, 43 et 49 Traité CE – aujourd'hui, respectivement, art. 18, 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou « TFUE ») (pour les concessions de services publics)⁹¹.

(a) Principe : application du droit des marchés et autres contrats publics

17. Un principe commun aux contrats publics

Un marché public est, d'après les directives applicables, un « *contrat à titre onéreux* »⁹². Or, l'existence d'un contrat présuppose qu'il y ait une convention entre deux personnes distinctes. Par conséquent, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier⁹³ – qui peut donc être un autre pouvoir adjudicateur. Dans l'approche de la Cour de Justice, le principe est donc l'application de la réglementation sur les marchés publics à tout rapport contractuel (à titre onéreux), y compris entre des autorités publiques juridiquement distinctes.

L'obligation générale de mise en concurrence consacrée par la Cour de Justice pour les contrats publics à titre onéreux qui échappent à l'application des directives sur les marchés publics, est fondée, nous l'avons déjà précisé, sur le principe d'égalité de traitement (art. 12, 43 et 49 TCE – aujourd'hui, respectivement, art. 18, 49 et 56 TFUE)⁹⁴. Or, l'application de ce principe « *ne dépend pas de l'existence d'un contrat* » et la jurisprudence examinée ci-dessous aurait pu ne pas s'appliquer (automatiquement) aux contrats publics (hors marchés publics). Après cette précision, la Cour de Justice a cependant appliqué à ces derniers le même raisonnement que pour les marchés publics : « *il convient de constater que lesdites considérations peuvent être transposées aux dispositions du traité et aux principes qui se rapportent à des concessions de services publics exclues du champ d'application des directives en matière de marchés publics. En effet, dans le domaine des marchés publics et des concessions de services publics, le principe d'égalité de traitement et les expressions spécifiques de celui-ci que sont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ainsi que les articles 43 CE et 49 CE trouvent à s'appliquer dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers* »⁹⁵.

Les exceptions à l'application des directives admises à propos des marchés publics s'appliquent donc, *mutatis mutandis*, aux autres contrats publics (dont les concessions de services publics).

⁸⁶ Il peut s'agir, selon le droit national concerné, d'un rapport contractuel ou d'un rapport organique, hiérarchique, etc.

⁸⁷ Pour la première fois par : C.J.U.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

⁸⁸ Pour la première fois par : C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03.

⁸⁹ Pour la première fois par : C.J.U.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03.

⁹⁰ Pour la première fois par : C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03. Cf. également : C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. 231/03.

⁹¹ Voir les arrêts cités aux notes de bas de page 87 à 90.

⁹² Art. 1.2. a) de la directive 2004/18/CE ; art. 1.2. a) de la directive 2004/17/CE.

⁹³ C.J.U.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, points 49 et 50 ; C.J.U.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03, point 38 ; C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 58 ; C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 32 et 33 ; C.J.U.E., 10 avril 2008, *Termoraggi*, aff. C-323/07, point 18.

⁹⁴ C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98 ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. 231/03 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03.

⁹⁵ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 60 à 63.

(b) Première « exception » au principe : relation interne (au sens strict)

Un rapport (organique, p.ex.) entre deux services ou départements de la même administration (aucun de ceux-ci ne disposant d'une personnalité juridique distincte) ne sera pas soumis à la réglementation : il ne constitue pas un contrat puisqu'il n'y a juridiquement qu'une seule et même personne morale : « Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics »⁹⁶.

En écho à un arrêt de la Cour de Justice⁹⁷, on a parfois rangé ce cas de figure dans la catégorie des exceptions au principe exposé ci-dessus⁹⁸. S'il y a non-application du droit des marchés publics dans ce cas, ce n'est évidemment pas en vertu d'une « exception » au principe selon lequel il faut un contrat pour que ce droit s'applique, mais simplement en vertu d'une application logique de ce principe : pas de contrat, pas de marché public.

Au fil du temps et de manière tout-à-fait prétorienne, la Cour de Justice a consacré au moins deux dérogations au principe de l'application de la réglementation des marchés publics : l'exception dite « in house » ou « quasi-in house » (c) et, plus récemment, la coopération entre autorités publiques (d).

(c) L'exception « in house » : assimilation à une relation interne

Dans le cadre de l'exception « in house », la Cour de Justice assimile un rapport entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de celui-ci à une relation interne (cf. ci-dessus) audit pouvoir adjudicateur ; la réglementation des marchés publics est alors réputée ne pas s'appliquer, faute de contrat. Ceci revient à (feindre d') ignorer qu'il y a juridiquement deux personnes distinctes (ou plus).

(i) Deux conditions cumulatives

Il faut pour cela que l'autorité publique « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités publiques] qui la détiennent »⁹⁹.

⁹⁶ C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 48. Cf. également : C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 61 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 48 ; C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, point 45 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 57.

⁹⁷ C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, points 48 et 49 (cf. le mot « autres circonstances » au point 49).

⁹⁸ P. NIHOUL, « Les marchés publics dans l'Union européenne (2003-2005) », *J.D.E.*, 2006, n° 8, p. 270.

⁹⁹ Jurisprudence constante : C.J.U.E., *Teckal*, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, point 50 ; C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 49 ; C.J.U.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03, point 38 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 58 et 62 ; C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, point 50 ; C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, point 34 ; C.J.U.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 24 ; C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, point 33 ; C.J.U.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, point 63 ; C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 55 ; C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, point 58 ; C.J.U.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, aff. C-337/05, point 36 ; C.J.U.E., 10 avril 2008, *Termoraggi*, aff. C-323/07, point 18 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 22 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 26 ; C.J.U.E., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, point 34 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 36.

Ces deux conditions distinctes sont cumulatives : si l'une n'est pas remplie, cela dispense la Cour de vérifier si l'autre est satisfaite¹⁰⁰ et entraîne l'application du droit des marchés et contrats publics. Elles ont « *notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé* »¹⁰¹.

(II) Interprétation stricte

Comme toute exception, celle du « in house » est d'interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement¹⁰².

(III) Examen au cas par cas

La Cour de Justice a jugé contraire aux directives sur les marchés publics une réglementation nationale transposant celles-ci qui excluait *a priori* de son champ d'application les accords de collaboration conclus entre les administrations publiques et les autres entités publiques, alors que certains d'entre eux constituent des marchés publics au sens de ces directives¹⁰³. Elle a jugé tout aussi contraire aux directives précitées une législation nationale qui excluait *a priori* de la réglementation les marchés publics une convention de mandat conclue entre un pouvoir adjudicateur et une autre personne morale de droit national (relevant de catégories limitativement énumérées par ladite réglementation nationale)¹⁰⁴.

Elle a en revanche jugé qu'une législation nationale qui reprenait textuellement le libellé des conditions de sa jurisprudence « in house » était « *conforme au droit communautaire, étant précisé que l'interprétation de cette législation doit également être conforme aux exigences du droit communautaire* »¹⁰⁵.

Enfin, la Cour de Justice indique que l'appréciation (du contrôle analogue – mais cela vaut sans doute pour l'autre condition) « *doit tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes* »¹⁰⁶. Par conséquent, un examen au cas par cas s'impose – comme en droit des sociétés¹⁰⁷. Ceci n'empêche pas de dégager des indices (toujours susceptibles d'être remis en cause au gré des circonstances) dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

(IV) Contrôle analogue

Le rapport entre un pouvoir adjudicateur et l'entité juridiquement distincte s'analyse en une situation de contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services, lorsque ce contrôle permet « *au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une*

¹⁰⁰ Cf. C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, point 59 (condition de l'« essentiel de l'activité » pas remplie, donc pas de vérification de la condition du contrôle analogue) ; C.J.U.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, aff. C-337/05, points 40 et 41 (absence de « contrôle analogue », donc pas de vérification de la condition de l'« essentiel de l'activité »).

¹⁰¹ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, point 59.

¹⁰² C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 46 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 63 ; C.J.U.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 26.

¹⁰³ C.J.U.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03.

¹⁰⁴ C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03.

¹⁰⁵ C.J.U.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 25 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 68 (chaque fois à propos de la même disposition de droit italien).

¹⁰⁶ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 65 ; C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, point 36 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 24 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 28 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 65.

¹⁰⁷ Où une situation de « contrôle de fait » est susceptible d'être constatée en l'absence d'une situation de « contrôle de droit » (art. 5, § 3 du Code des sociétés).

possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes »¹⁰⁸.

18. Actionnariat 100% public et exclusion de tout actionnariat privé

L'adjudicataire ou personne juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur peut être une société de capitaux. Selon la Cour de Justice : « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »¹⁰⁹.

Cette circonstance est une condition nécessaire (mais non « décisive » pour reprendre la formule de l'extrait précité). En effet, la Cour de Justice refuse catégoriquement d'admettre un contrôle analogue si l'actionnariat de la société adjudicataire n'est pas public à 100% : « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »¹¹⁰.

Autrement dit, la société adjudicataire qui est une société d'économie mixte ne sera jamais considérée comme étant soumise à un contrôle analogue. Cette exclusion est justifiée par les considérations suivantes : « Il faut [...] relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé [par les directives sur les marchés publics], dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents »¹¹¹.

Le moment retenu par la Cour de Justice pour vérifier la présence d'actionnaires privés dans le capital de la société adjudicataire est en principe celui de l'attribution du « marché » à celle-ci¹¹². A cet égard, la Cour indique : « Certes, il ne peut pas être exclu que des parts d'une société soient vendues à tout moment à des tiers. Cependant, admettre que cette simple possibilité puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public ne serait pas conforme au principe de sécurité juridique. Si le capital d'une société est entièrement détenu par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres autorités publiques, au moment où le marché concerné est attribué à cette société, l'ouverture du capital de celle-ci à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture »¹¹³.

¹⁰⁸ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 65 ; C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, point 36 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 24 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 28 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 65.

¹⁰⁹ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, point 37 ; C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 57 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 31 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 45.

¹¹⁰ C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 49 ; C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, point 46 ; C.J.U.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 31 ; C.J.U.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, aff. C-337/05, point 38 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 46 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, point 53. Cf. également : C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 30 ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. 231/03, point 26.

¹¹¹ C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, points 50 et 51 ; C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, points 47 et 48. Cf. également C.J.U.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, point 64 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, point 56. Dans le même sens : Conclusions de l'avocat général KOKOTT, précédant l'arrêt C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 53.

¹¹² C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, points 15 et 52 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 29 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 47.

¹¹³ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 49 et 50. Cf. également : C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 29 (où la sécurité juridique est déjà invoquée par la Cour pour justifier le principe de la date d'attribution).

Ce faisant, la Cour a quelque peu revu sa position. Dans son arrêt *Parking Brixen*, la Cour avait en effet tenu compte d'un moment ultérieur, la législation nationale applicable au moment de l'attribution du marché à la société adjudicataire prévoyant « l'ouverture obligatoire, à court terme » du capital de celle-ci « à d'autres capitaux »¹¹⁴. Or, en réalité, si la loi prévoyait effectivement l'ouverture du capital de l'adjudicataire au secteur privé dans les deux ans de sa transformation en société de capitaux, le caractère obligatoire de l'ouverture du capital était controversé et la possibilité réelle de trouver un partenaire privé était également discutée¹¹⁵. Il est donc douteux que, dans cette affaire, la Cour conclurait aujourd'hui à l'existence d'une « perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture ».

Par ailleurs, toujours à propos du moment à retenir pour apprécier la présence d'investisseurs privés dans le capital de la société adjudicataire, la Cour se réserve la possibilité de tenir compte d'événements ultérieurs à l'attribution, singulièrement en cas de fraude à la loi : « Exceptionnellement, des circonstances particulières peuvent requérir la prise en considération d'événements survenus après la date de l'attribution du marché en cause. Tel est le cas notamment lorsque des parts de la société adjudicataire, précédemment détenues entièrement par le pouvoir adjudicateur, sont cédées à une entreprise privée peu après que le marché en cause a été attribué à cette société dans le cadre d'une construction artificielle destinée à contourner les règles communautaires en la matière »¹¹⁶. C'est évidemment à la partie qui s'en prévaut qu'il revient de « rapporter la preuve de l'existence de telles circonstances particulières »¹¹⁷.

Enfin, la Cour de Justice a également abordé la question de l'ouverture du capital de la société adjudicataire pendant la durée de validité ou au cours de l'exécution du marché (en dehors du cas de la fraude à la loi – cf. ci-dessus) : après s'être contentée de préciser qu'une telle ouverture aurait pour effet d'attribuer le marché (ou la concession de services publics) « à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire »¹¹⁸, la Cour a ultérieurement affiné sa jurisprudence en indiquant qu'une telle circonstance devrait s'analyser comme « un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence » ou l'ouverture d'une procédure de marché public¹¹⁹.

19. Possibilité de contrôle conjoint

A la double condition que le capital de la société adjudicataire soit 100% public et qu'une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de la société adjudicataire soit constatée, dans l'hypothèse où cette dernière est détenue par plusieurs pouvoirs publics, le contrôle analogue peut être admis dans le chef de tous les actionnaires, mêmes les minoritaires les plus insignifiants¹²⁰. La Cour de Justice n'exige pas que chaque actionnaire public détienne une participation majoritaire ou de blocage dans le capital d'une telle société adjudicataire.

¹¹⁴ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 47, renvoyant à C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 67 et 72.

¹¹⁵ Conclusions de l'avocat général KOKOTT, précédant l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 55 à 62, qui invoquait déjà la sécurité juridique pour soutenir que « l'obligation légale d'ouvrir le capital d'une société, dans un certain délai, à la participation de tiers ne suffit pas, seule, à exclure que le pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ». Adde les conclusions de l'avocat général STIX-HACKL, précédant l'arrêt *Carbotermo*, aff. C-340/04, points 41 à 51.

¹¹⁶ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 48, renvoyant à C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, points 38 à 41. Dans le même sens : C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 30. L'arrêt *Commission c. Autriche* (aff. 29/04) concernait un cas de fraude caractérisée à la réglementation des marchés publics : la société adjudicataire avait été créée à l'occasion de l'attribution du marché, son capital avait été ouvert à un opérateur privé un mois après l'attribution et la société n'était devenue opérationnelle que deux mois après l'ouverture du capital (cf. aff. C-29/04, points 6 à 11).

¹¹⁷ C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 30.

¹¹⁸ C.J.U.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 30, renvoyant à C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, point 48.

¹¹⁹ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 53. Sur les modifications du marché en cours d'exécution, cf. également : C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, point 62, qui renvoie à C.J.U.E., 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06.

¹²⁰ Cf. C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, points 56 à 61 (pouvoir adjudicateur ne détenant que 0,25% du capital de la société adjudicataire), confirmé par : C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 53 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 62.

Par conséquent, une autorité publique qui devient actionnaire minoritaire d'une telle société est également réputée exercer un contrôle analogue envers celle-ci – quelle que soit l'importance de sa participation¹²¹.

Pour asseoir sa position à propos du contrôle conjoint, la Cour a d'abord indiqué que, puisque la condition relative à l'essentiel de l'activité de la société adjudicataire peut être satisfaite en prenant en compte l'activité que cet adjudicataire réalise avec l'ensemble des autorités publiques qui la détiennent, il était cohérent de considérer que la condition relative au contrôle analogue puisse également être satisfaite en tenant compte du contrôle exercé conjointement par lesdites autorités publiques¹²². La Cour a ensuite synthétisé sa jurisprudence antérieure sur le sujet dans un arrêt récent : « 55. *La jurisprudence n'exige pas que le contrôle exercé sur la société adjudicataire [lorsque celle-ci est détenue par plusieurs autorités publiques (à l'exclusion de tout actionnaire privé)] soit individuel (voir, en ce sens, arrêt Coditel Brabant, précité, point 46). 56. En effet, dans le cas où plusieurs autorités publiques choisissent d'effectuer certaines de leurs missions de service public en ayant recours à une société qu'elles détiennent en commun, il est normalement exclu que l'une de ces autorités n'ayant qu'une participation minoritaire dans cette société exerce seule un contrôle déterminant sur les décisions de cette dernière. Exiger en pareille hypothèse que le contrôle exercé par une autorité publique soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une telle autorité entendrait s'associer à une société détenue par d'autres autorités publiques en vue de lui attribuer la gestion d'un service public (voir, en ce sens, arrêt Coditel Brabant, précité, point 47). 57. Un tel résultat ne serait pas conforme au système des règles communautaires en matière de marchés publics et de concessions. En effet, il est admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (arrêts précités Stadt Halle et RPL Lochau, point 48; Coditel Brabant, point 48, et Commission/Allemagne, point 45). 58. Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques (voir, en ce sens, arrêts du 19 avril 2007, Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, point 57, et Coditel Brabant, précité, point 49). 59. Il convient donc d'admettre que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une société à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle de ces autorités publiques sur cette société peut être exercé conjointement par ces dernières (voir, en ce sens, arrêt Coditel Brabant, précité, point 50). 60. S'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence (voir arrêt Coditel Brabant, précité, point 51). 61. Cette conclusion n'est elle non plus pas infirmée par l'arrêt Coname, précité. Certes, la Cour a considéré, au point 24 de celui-ci, qu'une participation de 0,97 % est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre à une commune d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant un service public. Cependant, dans ce passage dudit arrêt, la Cour ne visait pas la question de savoir si un tel contrôle pouvait être exercé de façon conjointe (voir arrêt Coditel Brabant, précité, point 52) [Qui plus est, le Coname était en partie détenu par des actionnaires privés] »¹²³.*

20. Règles (supplétives) du droit des sociétés insuffisantes

Toujours à propos des adjudicataires ayant la forme d'une société de capitaux, la Cour de Justice a considéré que le contrôle analogue ne pouvait être assimilé au contrôle du droit des sociétés et du droit de la concurrence¹²⁴ : un niveau de dépendance encore plus important que celui découlant d'une position d'actionnaire majoritaire ou d'actionnaire unique est requis.

¹²¹ C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, points 56 à 61, confirmé par : C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 53 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 62.

¹²² C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, points 44 et 45, se référant à : C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, points 70 et 71 ; C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 62.

¹²³ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 55 à 61.

¹²⁴ Conclusions de l'avocat général KOKOTT, précédant l'arrêt C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 52 ; Th. DELVAUX, « Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique – Variations sur un même thème en droit des sociétés, droit de la concurrence et droit des marchés publics », *J.T.*, 2007, n° 64, pp. 801-802.

Ainsi jugé à propos d'une société concessionnaire dont le capital était directement détenu à 100% par l'autorité concédante, dont les statuts énonçaient que la participation publique ne pouvait être inférieure à la majorité absolue et dont le conseil d'administration ne pouvait en toute hypothèse être composé que de personnes nommées avec l'aval de l'autorité publique¹²⁵, que le conseil d'administration de la société jouissait d'une « *autonomie caractérisée* », le contrôle exercé par l'autorité publique se limitant « *pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés* »¹²⁶. Cet élément, combiné à plusieurs autres (la « *nature* » de la forme choisie – une société anonyme ; l'élargissement de l'objet social ; l'ouverture obligatoire du capital de la société à court terme ; l'expansion du domaine territorial d'activités), conduisit la Cour à conclure qu'il était « *exclu que l'autorité publique concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* »¹²⁷.

La « *latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés* » a été reprise dans une autre affaire et la Cour l'a jugée insuffisante pour conclure à l'existence d'un contrôle analogue¹²⁸. De plus, la circonstance que le contrôle du pouvoir adjudicateur s'exerçait de manière indirecte (par l'intermédiaire d'une société holding) a également été jugée de nature à empêcher l'existence d'un contrôle analogue¹²⁹.

Il ressort en outre de la jurisprudence que la Cour de Justice nourrit des préjugés à l'endroit des sociétés à forme commerciale. Elle a ainsi considéré la « *nature* » d'une société anonyme comme un élément de nature à empêcher le contrôle analogue¹³⁰, alors qu'elle a considéré comme un élément favorable à l'existence du contrôle analogue le fait qu'une société adjudicataire soit « *constituée non pas sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires, mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale régie par la loi relative aux intercommunales. En outre, en vertu de l'article 3 de cette loi, les intercommunales sont dépourvues de caractère commercial* »¹³¹. L'analyse de la Cour est quelque peu formaliste voire superficielle¹³² et est à rapprocher de l'absence de « *vocation de marché* » (cf. ci-dessus)

21. Influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes

L'examen des arrêts en la matière enseigne que le contrôle analogue sera plus facilement admis si sont superposées « *à l'assemblée générale et au conseil d'administration, tels que prévus par le droit [national] des sociétés, des structures décisionnelles non explicitement prévues par ce droit* »¹³³.

Dans deux cas d'espèce examinés par la Cour, le fonctionnement interne des organes sociaux était couplé à une structure limitant la dilution de la puissance de vote de chaque adjudicateur actionnaire de la société adjudicataire (au sein de l'assemblée générale et/ou du conseil d'administration)¹³⁴.

¹²⁵ C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 12, 15, 19, 68 et 69. Les statuts réservaient la majorité absolue des actions et la majorité des sièges du conseil d'administration à l'actionnaire public (pouvoir adjudicateur (point 19). En outre, au moment du litige, le pouvoir adjudicateur était toujours l'unique actionnaire de la société adjudicatrice.

¹²⁶ *Idem*, aff. C-458/03, point 69.

¹²⁷ *Idem*, aff. C-458/03, points 67 et 70.

¹²⁸ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 38 et 40.

¹²⁹ *Idem*, aff. C-340/04, points 39 et 40. En l'espèce, le capital de la société adjudicataire était détenu à 100% par une société holding, elle-même détenue à 99,98% par le pouvoir adjudicateur (le solde, 0,02%, étant détenu par d'autres autorités publiques (point 30).

¹³⁰ C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 (sans que l'on sache à quoi elle faisait exactement allusion).

¹³¹ C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 38.

¹³² Ainsi, le caractère « non commercial » de la SCRL Brutélé la fait essentiellement échapper à l'application des règles en matière de faillites. Il est difficile de voir en quoi cet élément est de nature à renforcer le contrôle des communes qui détiennent le capital de celle-ci. De plus, la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales et les mécanismes de gestion et de représentation décrits dans l'arrêt *Coditel Brabant* (aff. C-324/07, points 28 à 39) ne paraissent pas déroger substantiellement aux règles ordinaires de fonctionnement interne d'une société de capitaux – à l'exception notable des conseils de secteurs. Il n'est pas non plus exclu que la Cour de Justice ait ignoré que le droit belge range la société coopérative à responsabilité limitée dans les sociétés à forme commerciale et a progressivement aligné son régime – à l'exception de la variabilité du capital – sur celui de la société anonyme depuis 1991.

¹³³ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 81. Cf. également : C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 40.

Dans l'arrêt *Coditel Brabant*, le conseil d'administration de la société Brutélé pouvait déléguer ses pouvoirs de gestion en faveur de « *conseils de secteur ou de sous-secteur* » composés de représentants des communes d'un même territoire, permettant ainsi à celles-ci de réduire la dilution de leur puissance de vote au niveau des décisions à prendre concernant « leur » réseau de télédistribution¹³⁵. Les pouvoirs susceptibles d'être délégués dans ce cadre concernaient « *les problèmes propres aux sous-secteurs, notamment les modalités d'application des tarifs, le programme des travaux et des investissements, le financement de ceux-ci, les campagnes publicitaires, et, d'autre part, les problèmes communs aux différents sous-secteurs constituant le secteur d'exploitation* »¹³⁶.

Dans l'arrêt *Sea*, chaque collectivité actionnaire de la société Setco bénéficiait, indépendamment de sa taille ou du nombre d'actions Setco qu'elle détenait, d'une voix au sein d'un « *comité unitaire* » ou d'un « *comité technique* » disposant d'un droit de veto sur certaines décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration¹³⁷. Mentionnons à titre d'illustration que le comité unitaire avait notamment le pouvoir de nommer les membres du conseil d'administration¹³⁸, et que les décisions soumises à son contrôle portaient sur les budgets, bilans pluriannuels et annuels, sur la création de filiales et l'acquisition ou la vente de participations, même minoritaires, sur l'activation de nouveaux services ou la cessation des services existants, sur l'acquisition ou la vente d'immeubles et l'octroi de sûretés représentant un engagement financier de plus de 20% du patrimoine net résultant du dernier bilan approuvé et sur les directives en matière tarifaire¹³⁹.

La plupart des mécanismes décrits ci-dessus ne sont que des modalités d'application du droit des sociétés qui dérogent aux règles supplétives applicables à l'organisation interne d'une société. Seules ces dernières sont en fin de compte jugées insuffisantes par la Cour de Justice¹⁴⁰.

De surcroît, recourir à de tels mécanismes « anti-dilution » de la puissance de vote est sans doute superflu lorsque la société adjudicataire ne compte qu'un seul actionnaire ou un nombre limité d'actionnaires. Dans ce cas, l'essentiel paraît être, d'une part, que les membres des organes sociaux soient formellement des représentants des pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, que le ou les pouvoirs adjudicateurs qui détiennent l'adjudicataire disposent d'un pouvoir d'influencer sa gestion (p.ex. à travers la formulation de lignes directrices en matière tarifaire, à travers le contrôle d'un fonctionnaire spécialement désigné à cette fin et à travers le contrôle de la comptabilité de la société adjudicataire¹⁴¹).

22. Absence de vocation de marché (ou d'autonomie caractérisée)

Outre la vérification des critères évoqués ci-dessus, la Cour ne conclut à l'existence d'un contrôle analogue que si la société adjudicataire n'a pas une « *vocation de marché rendant précaire le*

¹³⁴ Ce mécanisme n'écarte pas totalement la dilution du pouvoir de vote, puisqu'il n'évite pas le partage du pouvoir de décision entre (les représentants de) plusieurs communes au sein, par exemple, des « conseils de secteur ou de sous-secteur ». Aussi, dès lors que la Cour de Justice admet le contrôle conjoint (cf. 4.3. 19, ci-dessous) et puisque la SCRL Brutélé était détenue à 100% par des communes, on perçoit mal la nécessité d'un tel mécanisme pour conclure à l'existence d'un « contrôle analogue » dans l'arrêt *Coditel Brabant* (aff. C-324/07). Autrement dit, que le contrôle soit exercé par 10 communes ou par 100, il demeure totalement public. La Cour de Justice n'a pas fixé de nombre maximal d'actionnaires dans la société adjudicataire, ni de pourcentage minimal du capital à détenir. Elle a au contraire indiqué qu'il pouvait y avoir contrôle analogue même en cas de détention de (moins de) 1% du capital (cf. 4.3. 19, ci-dessous). La même conclusion s'impose pour l'arrêt *Sea* (aff. C-573/07).

¹³⁵ C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, points 17 et 40.

¹³⁶ *Idem*, aff. C-324/07, point 17.

¹³⁷ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 82 à 85.

¹³⁸ *Idem*, aff. C-573/07, point 16 (Ceci ne serait pas admissible en droit belge des sociétés, sous réserve d'une dérogation au Code des sociétés prévue par une loi particulière, car la désignation des administrateurs est une prérogative de l'assemblée générale. A noter que le droit belge des sociétés permet en revanche de dissocier la participation au capital du droit de vote, et de prévoir ainsi un vote par actionnaire, quelle que soit sa participation).

¹³⁹ *Idem*, aff. C-573/07, point 18.

¹⁴⁰ Cf. l'arrêt *Sea*, aff. C-573/07, point 87, où la juridiction de renvoi qualifie les mécanismes décrits ci-dessus – et jugés suffisants par la Cour de Justice pour conclure à l'existence d'un contrôle analogue – comme des « *pactes d'actionnaires* » relevant du droit des sociétés italien.

¹⁴¹ Cf. C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, points 17, 18, 25 et 26.

contrôle »¹⁴² des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Parfois, elle parle également à ce sujet d'« *autonomie caractérisée* »¹⁴³. Cette vérification tend en somme à s'assurer que l'activité de l'adjudicataire est bien circonscrite à des activités d'intérêt général, qu'elle n'est pas exercée à des fins commerciales et ne poursuit pas un intérêt distinct de celui des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent.

A cet égard, la Cour recourt à plusieurs indices pour conclure à l'existence d'une « *vocation de marché* ». Tel est le cas si : la société adjudicataire doit ouvrir (ou envisager d'ouvrir) son capital à des actionnaires privés (cf. ci-dessus)¹⁴⁴ ; l'organisation interne de la société adjudicataire est celle d'une société à forme commerciale (société anonyme), sans mécanismes supplémentaires (cf. 4.4. 19 ci-dessus)¹⁴⁵ ; l'objet social de la société adjudicataire est élargi à des activités commerciales et/ou dépasse le cadre du marché attribué¹⁴⁶ ; le domaine géographique d'activités de la société adjudicataire dépasse le cadre du territoire du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent¹⁴⁷ ; La société adjudicataire a la possibilité d'exercer ses activités au profit d'opérateurs économiques privés¹⁴⁸.

Les deux premiers indices ont été commentés par ailleurs, et un arrêt récent de la Cour de Justice paraît confirmer que, dans le cadre de la vérification de l'absence d'une « *vocation de marché* », seuls les trois derniers indices doivent être vérifiés (les deux premiers l'étant dans un autre contexte) : « *En ce qui concerne la question de savoir si la société concernée a une vocation de marché rendant précaire le contrôle des collectivités qui en sont les actionnaires, il convient d'examiner la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé* »¹⁴⁹.

L'indice de l'exercice d'activités au profit d'opérateurs économiques privés par la société adjudicataire n'a encore été consacré que dans un seul arrêt, récent, de la Cour de Justice. A ce propos, elle a indiqué que si la société adjudicataire ne peut fournir des services à des entreprises du secteur privé que de manière accessoire à son activité principale, elle peut continuer à être considérée comme attachée à la gestion de services publics et elle n'a pas de vocation de marché susceptible de rendre « *précaire le contrôle des collectivités qui la détiennent* »¹⁵⁰. La Cour a d'ailleurs rapproché cette précision (relative au contrôle analogue) de la deuxième condition requise pour qu'il y ait assimilation à relation interne : celle relative à l'essentiel de l'activité de la société adjudicataire (cf. 4.4. ci-dessous). Dans le cadre de cette seconde condition, elle a admis que la société adjudicataire exerce une activité « *ayant un caractère marginal avec d'autres opérateurs* » que les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Or, « [c]ette condition serait privée d'objet si la première condition [...] était interprétée comme interdisant toute activité accessoire, y compris avec le secteur privé »¹⁵¹.

On comparera ces arrêts sur la nécessité d'une *absence* d'autonomie dans le chef de la société adjudicataire (pour qu'il y ait contrôle analogue) à un curieux arrêt *Commission c. France*¹⁵². Après avoir estimé que le contrôle analogue n'était pas démontré¹⁵³, la Cour a pourtant constaté que la société adjudicataire ne possédait « *pas une autonomie suffisante dans l'accomplissement de ses actes pour pouvoir être considéré comme bénéficiaire d'un transfert de l'autorité publique* » (ce que la France soutenait pour justifier la non-application des directives sur les marchés publics)¹⁵⁴. Les

¹⁴² C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 36 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 57.

¹⁴³ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 70 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, points 36 et 38.

¹⁴⁴ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67

¹⁴⁵ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 37.

¹⁴⁶ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 38 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 74 et 76.

¹⁴⁷ C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 75 et 76.

¹⁴⁸ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 77.

¹⁴⁹ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 73.

¹⁵⁰ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 79.

¹⁵¹ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 80.

¹⁵² C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03.

¹⁵³ *Idem*, aff. C-264/03, point 50.

¹⁵⁴ *Idem*, aff. C-264/03, points 49 et 54.

circonstances particulières de l'espèce expliquent peut-être ce passage incohérent au regard de la jurisprudence « in house », à moins que cet arrêt n'amorce la consécration d'une nouvelle exception (cf. ci-dessous).

23. *Un cas particulier (?) : le moyen instrumental*

Dans l'arrêt *Asemfo c. Tragsa*, la Cour de Justice a conclu à l'existence d'un contrôle analogue à propos d'une société de droit public qui n'était que partiellement soumise au régime applicable aux sociétés de droit privé¹⁵⁵ : son objet était défini par la loi ; les tarifs de ses interventions étaient fixés en vertu de la loi par un acte d'autorité ; ses filiales et elles étaient tenues de « réaliser les travaux et activités qui leur sont confiés par l'administration » ; ni ses filiales ni elle-même ne pouvaient participer aux procédures d'adjudication de marchés mises en place par les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient et une norme de rang réglementaire affirmait que les relations entre la société adjudicataire et les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient, était « de nature instrumentale et non contractuelle »¹⁵⁶.

Sans que la lecture de cet arrêt permette de déterminer si cette société constitue ou non un cas de figure distinct du « in house »¹⁵⁷, la Cour s'est fondée sur l'obligation (légale) de ladite société adjudicataire de réaliser les commandes qui lui étaient confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient, afin de conclure à l'existence d'un contrôle analogue à son égard¹⁵⁸. Les conditions d'exercice plutôt exceptionnelles de ce cas de contrôle analogue ne paraissent cependant pas avoir été érigées par la Cour de Justice en « normes minimales » : une forme d'influence plus souple peut également constituer un contrôle analogue.

24. *Applications*

En guise de récapitulatif de ce qui précède, on relèvera que la Cour de Justice a admis l'existence d'un contrôle analogue dans les cas suivants :

- Arrêt *Asemfo c. Tragsa*¹⁵⁹ : le capital de la société adjudicataire (Tragsa) était entièrement public (dont l'Etat espagnol à 99%) ; la société adjudicataire est légalement tenue de « réaliser les commandes qui lui sont confiées par les pouvoirs publics » et « ne dispose pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions » ; une norme réglementaire stipulait que les rapports entre la société adjudicataire et les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient, était « de nature instrumentale et non contractuelle » ;
- Arrêt *Commission c. Italie (Mantoue)*¹⁶⁰ : le capital de la société adjudicataire (ASI) était entièrement détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ; le pouvoir adjudicateur concerné avait le pouvoir « en raison de son statut d'actionnaire majoritaire » de la société adjudicataire « de nommer les membres des organes de direction et d'orienter l'activité de cette société » ; il avait également le pouvoir de fixer, par acte d'autorité, « les frais de fonctionnement de ladite société et ... la possibilité de procéder à certaines vérifications » (contrôle des activités de la société par un fonctionnaire désigné par le pouvoir adjudicateur ; contrôle de la comptabilité de celle-ci) ;
- Arrêt *Coditel Brabant*¹⁶¹ : le capital de la société adjudicataire (Bruté) était entièrement détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ; les organes de la société adjudicataire étaient composés de représentants des pouvoirs adjudicateurs ; le fonctionnement interne des organes sociaux était couplé à une structure limitant la dilution de la puissance de vote de chaque adjudicateur actionnaire de la société adjudicataire (en l'espèce, ce mécanisme permettait à chaque pouvoir adjudicateur de disposer de davantage de poids dans l'adoption de certaines décisions relevant de la compétence du conseil d'administration et affectant plus particulièrement « son » réseau de télédistribution) ;

¹⁵⁵ Conclusions de l'avocat général GEELHOED, précédant C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 4

¹⁵⁶ C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, points 10 et 13

¹⁵⁷ Cf. 6.1. ci-dessous.

¹⁵⁸ *Idem*, aff. C-295/05, points 55-64.

¹⁵⁹ C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, points 57 à 61.

¹⁶⁰ C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, points 17, 18, 25 et 26.

¹⁶¹ C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, points 28 à 40.

- Arrêt *Sea*¹⁶² : le capital de la société adjudicataire (Setco) était entièrement détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs et l'ouverture du capital au privé n'était pas envisagée ; aucun élément du dossier ne tendait à « indiquer ... l'intention de contourner les règles communautaires en matière de marchés publics » ; la société adjudicataire n'avait pas de vocation de marché, pour le triple motif que son domaine géographique d'activités était circonscrit au territoire des pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient, que son objet était essentiellement de prêter des services en faveur ces derniers et que la fourniture de services à des opérateurs économiques privés était accessoire à son activité principale ; le fonctionnement interne des organes sociaux était couplé à une structure limitant la dilution de la puissance de vote de chaque adjudicateur actionnaire de la société adjudicataire (en l'espèce, ce mécanisme permettait à chaque pouvoir adjudicateur de disposer de davantage de poids dans l'adoption de certaines décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale et du conseil d'administration).

La Cour d'appel de Bruxelles¹⁶³ a quant à elle estimé tout récemment que le rapport entre l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (I.B.P.T.) et une A.S.B.L. dont ce dernier était membre, remplissait les conditions du « in house » formulées par la Cour de Justice. Renvoyant à un rapport de la Cour des comptes, la Cour d'appel a estimé que la condition du capital 100% public de l'adjudicataire (cf. 4.4. 18 ci-dessus) ne pouvait être remplie, puisque ce dernier n'était en l'espèce pas une société de capitaux, mais une A.S.B.L. Cependant, les membres de cette A.S.B.L. adjudicataire étaient à la fois des SPF, des personnes morales de droit public fédéral, et des A.S.B.L.¹⁶⁴. Mais la Cour refusa d'assimiler ces dernières à des « opérateurs économiques privés » précisément en vertu de leur qualité d'A.S.B.L. Après avoir constaté que l'A.S.B.L. adjudicataire n'avait pas de « vocation de marché » au motif que la clause de ses statuts définissant son objet lui assignait l'activité exclusive de prêter des services au bénéfice de ses membres, la Cour d'appel constata que son conseil d'administration et son assemblée générale étaient exclusivement composés de représentants de pouvoirs publics (des SPF et l'I.B.P.T. lui-même). La Cour conclut dès lors que les deux conditions du contrôle analogue et de l'essentiel de l'activité étaient remplies.

25. Pour mémoire : adjudicataire de droit national ?

On l'a vu ci-dessus, la Cour de Justice a jugé contraire aux directives précitées une législation nationale qui excluait *a priori* de la réglementation les marchés publics une convention de mandat conclue entre un pouvoir adjudicateur et une autre personne morale de droit national¹⁶⁵. En l'espèce, après avoir longuement examiné le point de savoir si la convention litigieuse constituait un marché public de services au sens de la directive applicable¹⁶⁶, la Cour s'est contentée d'observer que la législation attaquée comportait une discrimination fondée sur la nationalité et n'imposait aucune mise en concurrence pour la juger contraire à la directive¹⁶⁷.

En pratique, et plus généralement à propos du contrôle analogue, on peut cependant se demander si la circonstance que la société adjudicataire relève du droit d'un autre Etat membre pourrait ne pas empêcher le pouvoir adjudicateur d'exercer une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de cette société. Exiger un groupement de droit national heurterait sans doute la jurisprudence rendue en matière de libre circulation et le principe du libre choix du droit des sociétés applicable qu'elle consacre¹⁶⁸. Cependant, dans la mesure où est requis un niveau de dépendance encore plus important que celui permis par le contrôle du droit des

¹⁶² C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 45 à 89.

¹⁶³ Bruxelles (18^e chambre), 7 septembre 2010 (n° 2009/AR/1871), consultable sur le site internet du SPF Justice « juridat » (www.cass.be), rubrique « jurisprudence ».

¹⁶⁴ Bruxelles, arrêt précité (n° 2009/AR/1871), point 65 a). Ces A.S.B.L. étaient notamment : la Fédération Nationale des Installateurs-Electriciens, le Fonds social et de garantie pour l'HORECA et le Fonds social et de garantie pour les entreprises horticoles.

¹⁶⁵ C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03.

¹⁶⁶ *Idem*, aff. C-264/03, points 35 à 58

¹⁶⁷ *Idem*, aff. C-264/03, points 60 à 62. Cf. également le point 29, où les autorités françaises exposent que « l'exigence qu'il s'agisse d'une personne morale de droit français » avait été supprimée postérieurement à l'introduction du recours en manquement – circonstance dont la Cour refuse de tenir compte car elle n'efface pas le manquement pour le passé.

¹⁶⁸ Th. DELVAUX, « La politique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes », in N. THIRION (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, Larcier, Bruxelles, 2009, n° 511 et s., p. 284 et s.

sociétés (cf. 4.4. 19 ci-dessus) et où le contrôle analogue est avant tout destiné à servir l'intérêt public incarné par des pouvoirs publics (le plus souvent) *nationaux* (cf. 4.4. 18 ci-dessus), la question du droit applicable à la société adjudicataire ne peut être tranchée de manière catégorique. Il nous paraît que, sauf à envisager une personne morale adjudicataire soumise au contrôle de deux pouvoirs adjudicateurs (ou plus) relevant d'Etats membres différents, elle devra en principe être soumise au droit de l'Etat (en particulier le droit des sociétés/groupements et le droit des contrats) dont relève le pouvoir adjudicateur.

(V) Essentiel de l'activité réalisé avec la ou les autorités publiques

Un adjudicataire réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent si son activité « *est consacrée principalement à [ce ou ces pouvoirs adjudicateurs], toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* »¹⁶⁹. A cet égard, pour évaluer ce caractère marginal, « *le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives* »¹⁷⁰.

26. Raison d'être

La Cour s'est exprimée sur le sujet : « *L'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a particulièrement pour objet de garantir que la directive [sur les marchés publics concernée] demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises. En effet, une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs* »¹⁷¹.

27. Exercice conjoint

Dans le cas où plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent l'adjudicataire, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite s'il « *effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec [tel ou tel pouvoir adjudicateur], mais avec [ces pouvoirs adjudicateurs pris] dans leur ensemble*. L'activité à prendre en compte est alors celle que l'adjudicataire réalise avec l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent »¹⁷².

Dès lors, le chiffre d'affaires à prendre en considération est dans ce cas celui réalisé avec l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs – voire, au-delà, puisqu'il faut tenir compte de « *toutes les activités que [l'adjudicataire] réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence* »¹⁷³.

28. Critères rejetés

Jugé que l'article 13 de la directive 93/38/CEE (secteurs spéciaux) qui prévoit que la directive ne s'applique pas aux marchés de services passés auprès d'une entreprise liée « *lorsque 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provient de la fourniture de ces services aux entreprises*

¹⁶⁹ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 63 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 31 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 80.

¹⁷⁰ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 64.

¹⁷¹ C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 60 et 61. Cf. également : C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, point 62.

¹⁷² C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, points 70 et 71 ; C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 62 ; C.J.U.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, point 32 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 44.

¹⁷³ C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, point 72.

auxquelles elle est liée », ne pouvait être appliqué par analogie pour déterminer si la condition relative à l'essentiel de l'activité était remplie¹⁷⁴.

Jugé que l'existence d'un droit exclusif au sens de l'article 6 de la directive 92/50/CEE (services) ne saurait satisfaire « à l'exigence selon laquelle le prestataire de services concerné doit réaliser l'essentiel de son activité avec l'entité ou les entités qui le détiennent »¹⁷⁵ : l'inapplication de la directive précitée en vertu de l'exception « in house » ne peut être confondue à l'inapplication de la même directive en vertu de son article 6 ; les deux hypothèses et leurs conditions de mise en œuvre sont différentes.

29. Applications

La Cour de Justice a *admis* que l'essentiel de l'activité de l'adjudicataire était exercée avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le détenaient, dans de rares hypothèses. Dans l'arrêt *Asemfo c. Tragsa*¹⁷⁶ : la société adjudicataire (Tragsa) réalisait en moyenne environ 90% de son activité avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient (plus de 55% avec l'Etat espagnol et près de 35% avec d'autres pouvoirs publics). Dans l'arrêt *Sea*¹⁷⁷ : parallèlement à son activité principale avec les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, la société adjudicataire (Setco) peut exercer une activité accessoire avec des opérateurs économiques privés.

Elle a en revanche *refusé* d'admettre que cette condition ait été remplie dans l'arrêt *Empresas (Correos)*¹⁷⁸ : la condition de l'essentiel de l'activité n'était pas remplie en l'espèce, dès lors que la société adjudicataire (Correos) « en tant que prestataire du service postal universel en Espagne, ne réalise pas l'essentiel de son activité avec [le pouvoir adjudicateur qui le détenait] ni avec l'administration publique en général, mais que cette société rend des services postaux à un nombre indéterminé de clients dudit service postal », d'une part, et que la société adjudicataire « est active sur le marché postal espagnol et s'y trouve ... en concurrence avec d'autres entreprises postales dont le nombre s'élève, selon les observations du gouvernement espagnol, à environ 2000 ».

(VI) L'exception de la coopération entre autorités publiques

30. Contexte

Cette « exception » à l'application des directives sur les marchés publics et de l'obligation générale de mise en concurrence est fondée sur la liberté qu'a le pouvoir adjudicateur « d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »¹⁷⁹.

Très récemment, la Cour de Justice a ajouté une précision à propos de cette formule répétée à plusieurs reprises : « Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques »¹⁸⁰. Cet ajout – initialement destiné à justifier le contrôle conjoint dans le cadre de l'exception « in house » (ci-dessus) – a été repris par la suite dans un tout autre contexte¹⁸¹.

¹⁷⁴ C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, points 50 à 57.

¹⁷⁵ C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, point 61.

¹⁷⁶ C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, point 63 et 64.

¹⁷⁷ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 78 à 80 (ce passage concerne principalement la condition du « contrôle analogue » et le critère de la distinction entre l'accessoire et le principal n'est cependant pas précisé).

¹⁷⁸ C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, points 59 et 62.

¹⁷⁹ C.J.U.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, point 48. Cf. également : C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 61 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 48 ; *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, point 45 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 57.

¹⁸⁰ C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 49.

¹⁸¹ C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, point 45. Cf. aussi C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 58 (dans le cadre de l'exception du « in house »).

31. Application

Dans un arrêt *Commission c. Allemagne*¹⁸², après avoir constaté que les conditions de l'exception « in house » n'étaient pas remplies, la Cour de Justice a consacré une nouvelle exception à l'application du droit des marchés et contrats publics en cas de rapport entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci.

En l'espèce, la ville de Hambourg et quatre *landkreise* allemands (circonscriptions administratives) voisines avaient conclu un contrat relatif à l'élimination de leurs déchets. Par ce contrat (d'une durée de 20 ans), la ville de Hambourg mettait à disposition des *landkreise* une partie de la capacité d'une usine de valorisation thermique de déchets. Les *landkreise* s'engageaient pour leur part à verser une rémunération annuelle à la ville de Hambourg en échange de ce service. Aucune procédure de marché n'avait été suivie pour la conclusion du contrat¹⁸³.

La Commission estimait qu'une telle procédure aurait dû être suivie. Son recours portait sur le contrat conclu entre la ville de Hambourg et les quatre *landkreise*, mais non sur le contrat conclu entre la ville de Hambourg et l'exploitant de l'usine de valorisation thermique des déchets¹⁸⁴.

La Cour de Justice constata d'abord que les quatre *landkreise* n'exerçaient aucun contrôle analogue sur la ville de Hambourg ni sur l'exploitant de l'usine de valorisation¹⁸⁵, laissant par là clairement entendre que les conditions de l'exception « in house » n'étaient pas remplies en l'espèce. Les deux conditions prévues sont en effet cumulatives. L'exception ne trouvant pas à s'appliquer, le contrat en cause aurait dû être soumis à la directive applicable¹⁸⁶.

Toutefois, ce contrat litigieux présentait des spécificités pour la première fois mises en lumière par la Cour de Justice.

Premièrement, il instaurait une « coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets », cette mission s'inscrivant d'ailleurs dans le cadre de la mise en œuvre d'une directive imposant aux Etats membres de prévoir des mesures pour encourager la rationalisation du traitement des déchets¹⁸⁷.

Deuxièmement, il avait permis à la ville de Hambourg de « construire et de faire exploiter une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables grâce aux apports en déchets des *landkreise* ... La construction de cette installation n'a, pour cette raison, été décidée et réalisée qu'après l'accord des quatre *landkreise* d'utiliser la centrale et leur engagement correspondant »¹⁸⁸.

Troisièmement, il stipulait d'une part, que la mise à disposition par la ville de Hambourg de la capacité de traitement prévue n'était pas garantie, la ville n'assumant pas la responsabilité de l'exploitation de l'usine ; en cas d'arrêt ou de dysfonctionnement, les déchets de la ville devaient être traités en priorité et la ville devait uniquement offrir des capacités de remplacement aux *landkreise* dans la mesure où celles-ci étaient disponibles¹⁸⁹ ; d'autre part, une obligation de paiement dans le chef des *landkreise* et un engagement de la ville de Hambourg « à défendre les intérêts de ces derniers vis-à-vis de l'exploitant, y compris, le cas échéant, par voie d'un recours en justice »¹⁹⁰ ; enfin, que les *landkreise* s'engageaient, outre leur obligation de paiement, à mettre à disposition de la ville de Hambourg les « capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes », ainsi qu'à

¹⁸² C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06.

¹⁸³ *Idem*, aff. C-480/06, points 4 à 6.

¹⁸⁴ *Idem*, aff. C-480/06, point 31.

¹⁸⁵ *Idem*, aff. C-480/06, point 36. Dans le même sens : conclusions de l'avocat général MAZAK précédant l'arrêt, point 47

¹⁸⁶ Comme le soutenaient la Commission et l'avocat général MAZAK dans ses conclusions précédant l'arrêt (points 7 à 48).

¹⁸⁷ *Idem*, aff. C-480/06, point 37.

¹⁸⁸ *Idem*, aff. C-480/06, point 38.

¹⁸⁹ *Idem*, aff. C-480/06, point 39.

¹⁹⁰ *Idem*, aff. C-480/06, point 40.

reprendre des « scories d'incinération non valorisables en proportion des quantités de déchets qu'elles ont livrées »¹⁹¹, tout en imposant aux parties de « se prêter assistance dans le cadre de l'exécution de leur obligation légale d'élimination des déchets »¹⁹². Pour finir, le contrat énonçait que le paiement dû par les *landkreise* était destiné « au seul exploitant de l'installation » et couvrait uniquement « la part des charges incombant auxdits *landkreise* »¹⁹³.

La Cour de Justice poursuit son raisonnement comme suit : « Il apparaît ainsi que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets »¹⁹⁴. Or, puisqu'un pouvoir public peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, y compris « en collaboration avec d'autres autorités publiques »¹⁹⁵, la Commission aurait admis la non-application du droit des marchés publics si la coopération litigieuse « s'était traduite par la création d'un organisme de droit public que les différentes collectivités concernées auraient chargé d'accomplir la mission d'intérêt général d'élimination des déchets »¹⁹⁶ mais que « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière »¹⁹⁷.

Elle conclut que la coopération litigieuse ne portait pas atteinte à la libre circulation ni à la concurrence non faussée ni au principe d'égalité de traitement, « dès lors que la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés visé par la directive 92/50 est garanti, de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents »¹⁹⁸, aucun élément du dossier ne tendait à démontrer que la coopération litigieuse constituait « un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics »¹⁹⁹, la Cour de Justice a estimé qu'une procédure de marché public pouvait ne pas être suivie et a rejeté le recours en manquement de la Commission²⁰⁰.

32. Enseignements

L'arrêt précité est rédigé de manière très circonstanciée, ce qui complique la formulation d'un enseignement général et abstrait. Les auteurs qui l'ont examiné serrent leur analyse au plus près des faits pour proposer leur interprétation et soulignent tous que des précisions devront venir de la Cour²⁰¹. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Commission c. Allemagne* a valeur d'arrêt de principe, valeur d'autant plus incontestable qu'il a été rendu par la Grande chambre de la Cour ; il consacre dans l'interprétation la plus stricte, une nouvelle exception au principe de l'application du droit des marchés et contrats publics au rapport entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte (en l'occurrence, un ou plusieurs autres pouvoirs adjudicateurs)²⁰² ; d'aucuns pourraient encore y voir un revirement de la jurisprudence Teckal.

¹⁹¹ *Idem*, aff. C-480/06, point 41.

¹⁹² *Idem*, aff. C-480/06, point 42.

¹⁹³ *Idem*, aff. C-480/06, point 43.

¹⁹⁴ *Idem*, aff. C-480/06, point 44.

¹⁹⁵ *Idem*, aff. C-480/06, point 45.

¹⁹⁶ *Idem*, aff. C-480/06, point 46.

¹⁹⁷ *Idem*, aff. C-480/06, point 47.

¹⁹⁸ *Idem*, aff. C-480/06, point 47.

¹⁹⁹ *Idem*, aff. C-480/06, point 48.

²⁰⁰ *Idem*, aff. C-480/06, point 49.

²⁰¹ G. ERVYN, « Les "contrats de coopération publique" : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ? », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1788-1797 ; P. MEUNIER, « La coopération locale à l'aune du droit européen des marchés publics », *R.A.E. – L.E.A.*, 2009-2010, pp. 339-347 ; M.T. KARAYIGIT, « A new type of exemption from the EU rules on public procurement established : "In Thy Neighbour's House" provision of public interest tasks », *P.P.L.R.*, 2010, pp. 183-197 ; K. WAUTERS, « Samenwerking tussen overheden : Europeesrechtelijke invloeden? », in *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 290-293 ;

²⁰² Selon l'avis unanime des auteurs consultés (cf. la note précédente).

Sous réserve de nouveaux éclairages de la Cour de Justice, les conditions d'application de cette nouvelle exception peuvent être synthétisées comme suit²⁰³ : le droit des marchés et contrats publics ne trouve pas à s'appliquer à un contrat de coopération, conclu par des entités exclusivement publiques, ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui leur est commune en respectant la libre circulation et l'ouverture à la concurrence non faussée dans l'Union européenne (aucune entreprise privée n'étant placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents) et ne constituant pas une construction artificielle destinée à contourner les règles en matière de marchés publics.

La première condition pourrait être remplie dès la mise en commun de « moyens propres » de chacune des entités concernées et leur affectation directe à un objectif commun. Il n'est pas nécessaire que les contributions des différentes parties soient équivalentes²⁰⁴. A défaut de mise en commun, l'on se trouverait dans un cas de figure inédit, non encore examiné par la Cour de Justice mais susceptible d'être exonéré du droit des marchés et contrats publics à certaines conditions²⁰⁵.

La deuxième condition exclut toute coopération avec une entreprise privée ou une société d'économie mixte, comme dans le cadre de l'exception « in house ».

La troisième condition exige que la coopération assure la mise en œuvre d'une mission de service public commune. En l'espèce, chacune des entités publiques avait une obligation légale d'élimination des déchets – découlant notamment de la transposition d'une directive européenne –²⁰⁶ et le contrat de coopération avait été déterminant pour la construction de l'installation de traitement^{207/208}.

On peut se demander si la mission de service public doit être commune « avant » la conclusion du contrat de coopération (p.ex. parce qu'elle imposée par une norme à chaque entité publique concernée) ou si elle peut l'être « en vertu » de celui-ci (et donc après sa conclusion). Le caractère « commun » de la mission de service public n'est d'ailleurs pas retenu dans tous les commentaires sur l'arrêt²⁰⁹.

On observera qu'en l'espèce, le contrat ne donnait lieu « à d'autres mouvements financiers que ceux correspondants au remboursement des charges incombant » à chacune des parties²¹⁰. Ce contrat paraît ainsi ne pas avoir eu de caractère commercial ou lucratif²¹¹. Ceci est à rapprocher de l'absence de « vocation de marché » requise par la Cour dans le cadre de l'exception « in house » (ci-dessus) et des enseignements liés à cette exigence peuvent sans doute éclairer cette troisième condition d'application de l'exception de la coopération publique²¹².

La quatrième condition requiert que la concurrence ne soit pas faussée et l'égalité de traitement respectée. Ceci rejoint également l'exception « in house » (ci-dessus) et, somme toute, l'objectif du

²⁰³ Synthèse reprise de G. ERVYN, « Les "contrats de coopération publique" : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ? », *J.L.M.B.*, 2009, n° 12, p. 1793. Comp. M.T. KARAYIGIT, « A new type of exemption from the EU rules on public procurement established : "In Thy Neighbour's House" provision of public interest tasks », *P.P.L.R.*, 2010, pp. 189-190, qui se focalise sur les conditions n° 3 et 4.

²⁰⁴ Cf. le point 41 de l'arrêt (aff. C-480/06), où la Cour relève que « la ville de Hambourg prend en charge la plupart des services faisant l'objet du contrat » (G. ERVYN, « Les "contrats de coopération publique" : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ? », *J.L.M.B.*, 2009, n° 13, p. 1794).

²⁰⁵ K. WAUTERS, « Samenwerking tussen overheden : Europeesrechtelijke invloeden? », in *Feestbundel Monard-D'Hulst 20 jaar*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 291-292.

²⁰⁶ Cf. les points 37 et 42 de l'arrêt (aff. C-480/06).

²⁰⁷ f. le point 38 de l'arrêt (aff. C-480/06) : « La construction de cette installation n'a ... été décidée et réalisée qu'après l'accord de quatre landkreise d'utiliser la centrale et leur engagement correspondant ».

²⁰⁸ On observera que l'exercice d'une mission d'intérêt général avait pas le passé été jugée non pertinente par la Cour pour conclure à la non-application d'une directive sur les marchés publics (C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, point 48 : « il convient de relever que la question de savoir si le mandataire contribue à l'exercice d'une mission d'intérêt général n'est pas décisive pour déterminer s'il effectue ou non des prestations de services. En effet, il n'est pas inhabituel, dans le domaine des marchés publics, que le pouvoir adjudicateur confie à un tiers une mission économique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général »).

²⁰⁹ Cf. M.T. KARAYIGIT, « A new type of exemption from the EU rules on public procurement established : "In Thy Neighbour's House" provision of public interest tasks », *P.P.L.R.*, 2010, pp. 189 et s.

²¹⁰ Cf. le point 43 de l'arrêt (aff. C-480/06).

²¹¹ M.T. KARAYIGIT, « A new type of exemption from the EU rules on public procurement established : "In Thy Neighbour's House" provision of public interest tasks », *P.P.L.R.*, 2010, p. 190 et p. 195.

²¹² M.T. KARAYIGIT, *op. cit.*, *P.P.L.R.*, 2010, p. 191.

droit communautaire (des marchés publics). En l'espèce, le contrat de coopération « *ne prévo[y]ait ni ne préjuge[ait] la passation des marchés éventuellement nécessaire* »²¹³, le contrat avec l'exploitant de l'usine de valorisation des déchets ayant vraisemblablement fait l'objet d'une procédure d'attribution^{214/215}.

A ce sujet, un auteur observe que la circonstance que l'accord de coopération entre les autorités publiques ait été conclu avant le lancement du marché public relatif à la construction de l'usine de traitement et la conclusion du contrat avec l'exploitant privé, a en l'espèce permis d'éviter de fausser la concurrence : si tel n'avait pas été le cas, l'exploitant aurait bénéficié de capacités supplémentaires (et en aurait ainsi privé ses concurrents) en dehors de toute procédure d'attribution²¹⁶.

La cinquième et dernière condition a trait, comme dans le cadre de l'exception « in house », à la fraude à la loi. C'est aux tiers (Commission européenne, opérateurs privés s'estimant lésés) qu'il reviendra d'établir que la non-application du droit des marchés et contrats publics n'est pas exclusivement fondé sur la poursuite d'objectifs d'intérêt public²¹⁷.

(VII)Autres exceptions admises ou envisageables ?

33. Exception du « moyen instrumental » ?

Dans l'arrêt *Asemfo c. Tragsa*²¹⁸, la Cour de Justice a observé que si la société adjudicataire concernée constituait effectivement un moyen instrumental de l'administration, c'est-à-dire ne disposait « *d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par [les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient] ni quant au tarif applicable à ses prestations ... , la condition d'applicabilité des directives concernées relative à l'existence d'un contrat ne serait pas remplie* »²¹⁹. En l'espèce, ce n'est qu'*ensuite* qu'elle a examiné les conditions d'application de l'exception « in house »²²⁰, comme si cette dernière devait être distinguée du « moyen instrumental » évoqué juste avant.

Ceci n'a, jusqu'à présent, fait l'objet d'aucune confirmation (pas même implicite) de la Cour de Justice, sous réserve éventuellement de l'arrêt *Ordine degli Architetti* tel qu'explicité par la Cour dans un arrêt *Commission c. France*²²¹. Dans ce dernier arrêt, la Cour expose que la circonstance que le pouvoir adjudicateur n'avait pas le choix de l'adjudicataire – la loi italienne imposant à ce dernier de s'adresser au propriétaire du terrain sur lequel les travaux de lotissements devaient être réalisés (titulaire du permis de construire) – avait justifié sa décision de ne pas soumettre la relation entre le pouvoir adjudicateur et le propriétaire du terrain au droit des marchés publics.

34. Exception du transfert de l'autorité publique ?

Deux auteurs soutiennent que la Cour de Justice paraît « ouvrir la porte » à une telle exception²²². Ils se fondent sur les éléments suivants :

²¹³ Cf. le point 44 de l'arrêt (aff. C-480/06).

²¹⁴ Cf. le point 31 de l'arrêt (aff. C-480/06).

²¹⁵ On observera que la circonstance que la procédure de marchés publics doive être respectée « par ailleurs » avait par le passé été jugé non pertinent pour conclure à la non-application d'une directive sur les marchés publics (C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, points 56 et 57 ; C.J.U.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, point 65. Comp. C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08-).

²¹⁶ G. ERVYN, « Les "contrats de coopération publique" : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ? », *J.L.M.B.*, 2009, n° 16, p. 1795.

²¹⁷ P. MEUNIER, « La coopération locale à l'aune du droit européen des marchés publics », *R.A.E. – L.E.A.*, 2009-2010, p. 347.

²¹⁸ C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05.

²¹⁹ *Idem*, aff. C-295/05, point 54.

²²⁰ *Idem*, aff. C-295/05, points 55-64.

²²¹ C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, points 56 et 57.

²²² F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 288-289, pp. 189-190.

Dans l'arrêt *Commission c. France* précité²²³, le gouvernement français soutenait, pour justifier la non-application de la directive sur les marchés publics de services, que le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée impliquait un transfert d'attributions s'accompagnant d'un pouvoir de décision²²⁴.

La Cour rejeta toutefois l'argument au motif qu'en l'espèce, le mandataire ne possédait pas « une autonomie suffisante dans l'accomplissement de ses actes pour pouvoir être considéré comme bénéficiaire d'un transfert de l'autorité publique »²²⁵.

La Commission a décidé de clôturer une procédure engagée contre l'Allemagne concernant l'attribution directe par quatre municipalités de services d'élimination des déchets à une association qu'elles avaient spécialement constituée entre elles. Selon la Commission, « le transfert complet d'un service public d'une entité publique à une autre, pour que ce service soit assuré par le bénéficiaire en toute indépendance et sous sa propre responsabilité, ne constitue pas une offre de services contre rémunération au sens de l'article 49 du traité CE. Un tel transfert relève de l'organisation interne de l'administration publique de l'État membre concerné. Il n'est donc pas soumis à l'application du droit communautaire et des libertés fondamentales de l'UE »²²⁶.

La Commission a décidé de clôturer une procédure engagée contre l'Italie : « En ce qui concerne cette affaire concernant les services de gestion des déchets dans la zone ATO TP2 («Ambito Territoriale Ottimale – espace territorial optimal») de la province de Trapani, les municipalités de cet ATO TP2 de Sicile et la province de Trapani ont créé une société, à savoir la société Belice Ambiente S.p.a. à laquelle elles ont décidé de transférer toutes les compétences concernant la gestion des déchets urbains, en application d'un règlement régional d'urgence relatif à l'élimination des déchets. Cette société a ultérieurement décidé d'assurer les services de gestion des déchets dans l' ATO TP2 par ses propres moyens, sans en offrir la possibilité sur le marché libre. La Commission considère que ce transfert de compétences constitue une réorganisation interne de l'administration qui n'entre pas dans le champ d'application des règles de l'UE en matière de marchés publics et de concessions »²²⁷. Elle aurait encore récemment confirmé ce point de vue dans un document (texte non disponible sur internet) « SEC (2007) 1514 du 20 novembre 2007 ».

On peut rapprocher le cas du transfert d'autorité publique de celui de l'habilitation légale ou obligation en vertu de la loi, évoquée (mais de manière indirecte) dans plusieurs arrêts de la Cour de Justice²²⁸.

35. Exception de l'effet utile préservé ?

Il n'est pas nécessaire que l'administration applique elle-même les procédures de marchés prévues par une directive dès lors que l'effet utile de celle-ci est respecté par ailleurs (càd. si l'administration impose à son tour à son cocontractant de suivre lesdites procédures)²²⁹.

(2) Le choix d'un opérateur économique privé

36. Présentation

En ce qui concerne la mise en place d'un PPPI, la Commission européenne²³⁰ distingue la création d'une nouvelle entreprise dont le capital est détenu conjointement par l'entité adjudicatrice (ou le

²²³ C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, points 56 et 57.

²²⁴ *Idem*, aff. C-264/03, point 25.

²²⁵ *Idem*, aff. C-264/03, point 54.

²²⁶ Communiqué de presse n° IP/07/357 du 21 mars 2007.

²²⁷ Communiqué de presse n° IP/07/918 du 27 juin 2007.

²²⁸ C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, points 56 et 57 ; C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, aff. C-295/05, points 55 à 64 ; C.J.U.E., *Commission c. Irlande*, 18 décembre 2007, aff. C-532/03, points 33 à 35.

²²⁹ *Acoset*, aff. C-196/08 ; *Commission c. France*, aff. C-264/03 ; *Auroux*, aff. C-220/05, point 65

pouvoir adjudicateur) et le partenaire privé – ou dans des cas particuliers, par une pluralité d'entités adjudicatrices (ou pouvoirs adjudicateurs) et de partenaires privés accompagnée de l'attribution d'un marché publics ou d'une concession à cette entité nouvelle d'une part, et d'autre part, la participation d'un partenaire privé à une entreprise publique déjà existante qui exécute qui exécute des marchés publics ou des concessions obtenues antérieurement sur base d'une relation « in house ».

Le droit dérivé, le droit primaire et les principes généraux implique que les entités adjudicatrices et pouvoirs adjudicateurs choisissent le partenaire privé au terme d'une procédure « équitable et transparente », la création de la structure mixte ne pouvant selon la Commission être un moyen de contourner le droit dérivé relatif aux marchés publics²³¹.

La Commission se prononce pour une relative simplification opérationnelle puisqu'elle estime que la mise en place du PPPI et l'attribution du marché public ou de la concession ne doit pas faire l'objet de deux procédures de mise en concurrence. Cette interprétation bienvenue ne embarrasse guère de précisions relatives à la manière de faire concrètement.

37. La sélection des partenaires privés pour les PPPI

A vrai dire, la sélection des partenaires privés dans le cadre d'un PPPI semble anecdotique dans la présentation de la Commission. Elle se borne à rappeler les bases juridiques de ce choix, soit des éléments bien connus du droit communautaire, sans détails pratiques.

Pour les marchés visés par la directive 2004/18/CE, elle semble considérer que le dialogue compétitif constitue la réponse aux difficultés des acteurs, rappelant au passage que la procédure négociée doit rester exceptionnelle, et conseillant, pour les marchés non visés par la directive 2004/18/CE, d'utiliser la procédure négociée avec publicité, allant très au delà du droit positif sur ce dernier point.

En ce qui concerne les mesures de publicité, la Commission renvoi au droit dérivé et estime pour les autres contrats publics, que les principes de transparence et d'égalité de traitement implique les soumissionnaires potentiels doivent avoir accès à des informations appropriées relatives au projet, cet accès ne pouvant être assuré que « par la publication d'un avis qui soit accessible aux parties potentiellement intéressées avant la sélection du partenaire privé²³², s'écartant une nouvelle fois de la jurisprudence de la Cour de Justice.

La Commission ne voit pas plus de problème à l'établissement des critères de sélection qualitative et d'attribution du marché. Le droit dérivé lui semble sur ce point précis et pouvant inspiré les choix analogues pour les « autres contrats publics ».

Elle souligne l'importance des renseignements relatifs aux statuts de l'entité mixte, le pacte d'actionnaires et tous les relations régissant la relation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé, et, de l'autre, la relation entre l'entité adjudicatrice et l'entité à capital mixte. Selon la Commission, ceux-ci doivent être inclut dans l'avis de marché²³³ ou dans le cahier des charges, dans une mesure variable puisque pouvant être identifiés au cours du dialogue ou de la procédure négociée.

Sa position semble bien établie puisqu'elle a répété celle-ci à l'occasion d'une question posée par un parlementaire européen au sujet de la constitution d'une société d'économie mixte en vue de l'obtention d'une concession pour l'exploitation d'un réseau d'électricité²³⁴.

38. La Cour de Justice

²³⁰ Communication sur les PPPI déjà citée, pp. 4-5.

²³¹ Ibid, p. 5.

²³² Communication relative aux PPI déjà citée, spéc. p.7.

²³³ Encore faudrait-il trouver une rubrique extensible qui n'existe pas aujourd'hui dans les formulaires électroniques....

²³⁴ Réponse de la Commission européenne P-0812/10 du 24 mars 2010 à la question posée par Heide Rühle (Verts/ALE), A.C.C.P., 2010, n°99, p. 8.

Avec l'arrêt *Acoset Spa*²³⁵, la Cour de Justice va consacrer cette vision précise des PPPI. Ceux-ci implique la création d'une structure regroupant des capitaux publics et privés en vue de la gestion d'une activité ou la réalisation de travaux ou ouvrage. La Cour admet qu'il est possible de passer un marché ou une concession avec pareille structure, pour autant que les règles communautaires de publicité et de mise en concurrence (droit dérivé, droit primaire, principes généraux) aient été respectées au moment de la création de cette structure. La mise en concurrence est déplacée en amont. La Cour justifie cette position par des considérations pragmatiques : « le recours à une double procédure de sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, d'abord, et d'attribution de la concession à ladite société, ensuite, serait de nature à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, en raison de la durée inhérente à la mise en oeuvre de telles procédures et de l'incertitude juridique en ce qui concerne l'attribution de la concession au partenaire privé préalablement sélectionné »²³⁶.

La solution, fondée sur les articles 43, 49 et 86 CE après que la Cour ait retenu la qualification de concession, est formulée en termes prudents: ces dispositions « ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions ». Elle implique que la mise en concurrence ait été organisée à la fois sous l'angle de la participation au capital et sous l'angle du service (ou de la tâche) attribuée par contrat à la structure. En d'autres termes, c'est à la fois le partenaire privé, le gestionnaire ou le prestataire privé qui est choisi au terme du processus de mise en compétition.

Pour se conformer au droit communautaire, il importe dès lors de bien qualifier juridiquement -en droit communautaire et non en droit interne-, le contrat qui sera passé avec l'entité mixte²³⁷. L'alternative théorique est simple : marchés publics ou autres contrats publics. Les conséquences pratiques le sont aussi, procédures formalisées par le droit dérivé ou procédure souple respectant les principes d'égalité de traitement et de transparence. La Doctrine ne perçoit pas toujours l'importance de ce préalable. Ainsi F. Moïse et V. Bertrand, en tentant d'opposer la jurisprudence *Horizon Pléïades c/ Idelux*²³⁸ et l'arrêt *Acoset* de la Cour de Justice, ne posent-ils pas la question de la qualification du contrat en droit communautaire. Dans l'affaire tranchée par le Conseil d'Etat belge, la commune de Tintigny avait octroyé à l'intercommunale Idelux²³⁹ une option d'achat sur un terrain en confiant à l'intercommunale le soi de mettre sur pied un appel à partenariat public-privé pour la création d'un lotissement de 120 logements destinés à des tiers à construire selon les normes écologiques de basse énergie ou d'énergie passive. L'intercommunale s'était engagée en outre à faire réaliser les équipements collectifs liés à la promotion, qui devront être rétrocédés à la commune. En vue de réaliser cette opération, Idelux a publié un avis de marché au JOCE ayant pour objet un « appel à partenariat » pour l'étude, le financement, la réalisation et la commercialisation du premier écoquartier rural, en indiquant que le droit dérivé des marchés publics n'était pas applicable à l'opération. Le Conseil d'Etat suspendra la délibération d'attribution du « partenariat », qui s'était concrétisé par la création d'une société d'économie mixte avec un promoteur privé (Thomas & Piron SA). A juste titre, le Conseil d'Etat belge va suspendre le processus, estimant que l'objet du contrat était bien la réalisation de travaux ou d'ouvrages, pour conclure, en extrême urgence, à la qualification soit de marché public de travaux, soit de marché public promotion de travaux (qui en droit belge est un marché de travaux couvrant le préfinancement ou le financement de la construction). F. Moïse et V. Bertrand, reprochent au Conseil d'Etat de ne pas avoir analysé l'accord sous l'angle du caractère

²³⁵ CJCE, 15 oct. 2009, *Acoset Spa*, aff. C-196/08 ; AJDA 2009. 1922, AJDA 2010. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier ; Rozen Noguellou, Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 153

²³⁶ Souligné également par Rozen Noguellou, Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 153

²³⁷ Dans le même sens, Rozen Noguellou, Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 153

²³⁸ CE belge, 19 juin 2009

²³⁹ Intercommunale de développement économique, compétente également dans le secteur des déchets.

onéreux. Le reproche n'est pas pertinent. En effet, une fois admis que l'objet du contrat était bien la réalisation de travaux (ou d'ouvrages), le droit dérivé (et le droit belge le transposant) régit la passation de marchés publics au sens strict (soit avec paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur) et les marchés publics au sens large (avec une rémunération perçue auprès de tiers, que la qualification de concession de travaux soit ou non retenue *in fine*). Il aurait fallu appliquer le droit des marchés publics. Cet arrêt est partant, entièrement conforme à l'arrêt *Acoset* et procède de la même logique d'analyse : la qualification du contrat qui est confié à l'entité mixte détermine le régime juridique de la passation. Dans l'arrêt *Acoset*, il s'agissait de confier la gestion du service intégré de l'eau (activité susceptible de recevoir la qualification de service public matériel en droit belge). La Cour prend soin, avant de retenir la qualification de concession de service, de souligner que les travaux qui devront sans doute être réalisés sont accessoires, par rapport à l'objet principal du contrat, la gestion du service intégré de l'eau.

L'arrêt *Acoset* contient deux autres limites à la mise en place des PPPI, rejoignant en cela la Communication de la Commission. Le PPPI doit avoir un objet précis, voir limité, clairement identifié lors de la constitution de la société mixte²⁴⁰. Cette entité mixte peut éventuellement se voir confié d'autres tâches ou activités, pour autant que cette attribution respecte les contraintes de mises en concurrence du droit communautaire (droit dérivé, droit primaire, principes généraux).

B. L'exécution et la fin d'un PPP

39. Présentation

La Commission conseille enfin de préciser d'emblée la durée, les possibilités de renouvellement ou de modification du marché et de la concession (sans rien dire des statuts ou du pacte d'actionnaire) et d'indiquer les possibilités d'attribution de nouvelles tâches. Elle conseille de définir d'emblée la marche à suivre lorsqu'aucune mission supplémentaire n'est attribuée à l'entité mixte ou en cas de non renouvellement des tâches initialement confiées. Il s'agit de rédiger les statuts en manière telle qu'un changement ultérieur de partenaires privé soit possible. La Commission précise que puisque le partenaire privé ne peut être exclu d'office d'une nouvelle procédure de mise en concurrence – confirmant sa vision relativement laxiste des conflits d'intérêts entérinée par la Cour de Justice²⁴¹, l'entité doit dans ce cas prêter une attention particulière à l'obligation de transparence et d'égalité de tous les soumissionnaires.

Une fois mis en place, le PPPI ne peut sortir de son champ initial sans concourir dans le cadre de nouvelle procédure de mise en concurrence.

(1) La mutabilité

40. L'adaptation aux changements

La Commission a une vision pragmatique du PPPI, censé s'inscrire dans la durée, il doit être en mesure de s'adapter aux changements intervenants inévitablement dans l'environnement économique, juridique ou technique. Le droit communautaire (dérivé, droit primaire) ne s'oppose pas à ces adaptations pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. La Commission n'exige à ce titre qu'une contractualisation de l'adaptation au changement prévue dès le départ et annoncée dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, afin que toutes les entreprises aient pu en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, la Commission rappelle que toute modification des termes essentiels du contrat non prévue dans les cahiers des charges exige une nouvelle procédure de mise en concurrence²⁴², cette dernière se définissant comme « toute stipulation

²⁴⁰ Dans le même sens, Rozen Noguellou, Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 153.

²⁴¹ CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom c/ Etat belge*, aff. C-21/03 et C-34/03.

²⁴² CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, aff. C-337/98, Rec. 2000, I-8377, point 50.

qui, si elle avait figuré dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, aurait permis aux soumissionnaires, de soumettre une offre substantiellement différente »²⁴³, soit une formule bien délicate à appliquer à des faits.

41. La Cour de Justice

Si l'actionnariat d'une société mixte a été choisi après mise en concurrence, est-il susceptible d'évoluer dans le temps? Avec d'autres²⁴⁴, il est raisonnable d'en douter compte tenu de la jurisprudence relative stricte de la Cour de Justice. Si les directives sur les marchés publics ne répondent pas explicitement à la question de savoir si un marché public peut être modifié en cours d'exécution, la Cour de Justice s'est emparée de cette question pour l'admettre, à condition que la modification n'aille pas jusqu'à constituer un nouveau marché : tel est le cas lorsque la modification des conditions initiales est « *substantielle* »²⁴⁵.

Ce qualificatif se retrouve dans des passages des directives qui autorisent la négociation²⁴⁶, singulièrement les dispositions qui fixent les conditions du recours à la procédure négociée²⁴⁷. La Cour de Justice associe donc implicitement la modification et la négociation – cette dernière étant ici perçue comme un moyen de contourner le droit des marchés publics (crainte souvent exprimée antérieurement par la doctrine en droit interne).

La limite posée à la modification est en effet fondée sur le souci de garantir les objectifs poursuivis par la directive applicable : prohibition de la discrimination fondée sur la nationalité, marché intérieur et libertés de circulation, égalité de traitement entre les soumissionnaires, concurrence non faussée et la plus large possible, transparence, etc.²⁴⁸ Sous réserve donc que la modification soit substantielle (et s'analyse en réalité en la passation d'un nouveau marché), la modification du marché en cours d'exécution est cependant admise car elle peut offrir le moyen d'assurer la continuation la plus efficace de l'exécution du contrat²⁴⁹.

Les critères pour déterminer si une modification est substantielle ont été précisés par la Cour. Elle vérifie si la modification présente des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et est en conséquence de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du marché²⁵⁰. En réalité, l'ampleur de la modification compte au moins autant que ce sur quoi elle porte (Ainsi, bien que le prix soit un élément essentiel du marché²⁵¹, il peut être modifié de manière minimale, à tout le moins lorsque le contrat initial contient une clause d'indexation ou de révision²⁵²). La volonté des parties est à cet égard déterminante. C'est dans ce sens que la Cour a indiqué que le changement de sous-traitant pouvait, dans des cas exceptionnels, s'analyser en la modification d'un élément essentiel²⁵³. Si les nouvelles conditions avaient figuré dans la procédure de passation initiale permettaient l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue²⁵⁴, la Cour conclura à la modification substantielle. Il en ira de même si la modification étend le marché dans une mesure

²⁴³ CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Succhi di Frutta SpA, aff. C-496/99 P, points 116 et suivants.

²⁴⁴ Rozen Noguellou, Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice, *Revue de droit immobilier* 2010 p. 153

²⁴⁵ C.J.U.E., 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06 ; C.J.U.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-196/08 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e.a.*, C-196/08 ; C.J.U.E., 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08 ; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08.

²⁴⁶ Cf. notamment l'art. 29.7, al. 2 de la directive 2004/18/CE.

²⁴⁷ Art. 30.1, a) et art. 31.1, a) de la même directive.

²⁴⁸ Conclusions de l'avocat général KOKOTT, sous l'arrêt *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 46-47.

²⁴⁹ KOKOTT, *op. cit.*, point 44.

²⁵⁰ C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, point 34 se référant à C.J.U.E., 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98, points 42 et 46.

²⁵¹ C.J.U.E., *Succhi di Frutta*, C-496/99, point 117.

²⁵² C.J.U.E., *Commission c. France*, C-337/98, points 42 à 56 ; C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 56-69.

²⁵³ C.J.U.E., *Wal AG*, C-160/08, point 39.

²⁵⁴ C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, point 35 ; C.J.U.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, points 52 et 53.

importante à des services [*ou des travaux ou des fournitures*] non initialement prévus²⁵⁵. Enfin, si la modification change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière non prévue par les termes du marché initial²⁵⁶. Sous ce dernier critère, la qualification de modification substantielle s'impose d'autant plus si, par ailleurs, la modification représente à elle seule un marché dépassant les seuils prévus par la directive applicable²⁵⁷.

L'existence d'une clause habilitant le pouvoir adjudicateur à modifier le marché en cours d'exécution est une condition *nécessaire*²⁵⁸ *mais non suffisante*²⁵⁹ pour conclure à l'existence d'une modification licite (non substantielle).

Ont été considérées comme des modifications non substantielles et donc autorisées sans recours à une nouvelle procédure d'attribution : des différences minimales et prévues par l'offre initiale (Variation de 10% du prix couverte par une clause de révision – C.J.U.E., *Commission c. France*, C-337/98, points 42 à 56) – cas particulier, car concernant un marché en cours d'attribution ; des différences liées à la durée des négociations, s'étalant sur plusieurs années (Nécessité de tenir compte des évolutions technologiques survenues au cours des négociations – C.J.U.E., *Commission c. France*, C-337/98, points 42 à 56) – cas particulier, car concernant un marché en cours d'attribution ; la conversion en euros imposée par la loi et s'accompagnant d'un ajustement minimal du prix (0,3% à 2,94%, qui plus est au détriment du cocontractant) (C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 56-63) ; la reformulation d'une clause d'indexation du prix (indice des prix à la consommation de 1986, remplacé par l'indice des prix à la consommation de 1996) = pas modification substantielle car cohérente et conforme à ce qui était prévu dans le marché initial (C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 64-69) ; une clause contenant un engagement de non-résiliation pendant 3 ans, insérée au cours de la période de validité d'un marché conclu pour une durée indéterminée, = pas modification substantielle car durée de 3 ans pas excessive par rapport au lancement d'un nouveau marché et à condition que la clause ne soit pas insérée de manière systématique (C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 73-80) ; l'augmentation d'un rabais = pas modification substantielle, notamment car au détriment du cocontractant (au bénéfice de l'administration) (C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 81-87) ; rendre obligatoire la prise en charge de frais, alors que celle-ci était facultative dans le cadre de la procédure antérieure (C.J.U.E., *Commission c. Grèce*, C-250/07, point 56) – cas particulier, car concernant le recours à une procédure négociée après l'échec d'un appel d'offres.

Ont en revanche été considérées comme des modifications substantielles nécessitant de procéder à une nouvelle passation : le changement de cocontractant, sauf (i) sous-traitance prévue dans le marché initial, (ii) si réorganisation interne du cocontractant (p.ex. filiale à 100%), (iii) si le cocontractant est une société cotée ou une société coopérative (C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, points 40-52). Ces trois exceptions ne sont pas absolues ; le changement de sous-traitant, lorsque le recours à tel sous-traitant a été un élément déterminant de la conclusion du contrat (C.J.U.E., *Wal AG*, C-91/08, point 39) ; l'extension d'un contrat de service public de transport sanitaire à l'exploitation d'un service de garde, ce dernier représentant à lui seul un marché dépassant les seuils de la directive (C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, C-160/08, points 100-101).

A noter que la doctrine avait évoqué la question de la modification d'un marché en cours d'exécution avant que l'arrêt *pressetext Nachrichtenagentur* ne soit rendu, soulignant la nécessité de parvenir à un équilibre entre le souci d'éviter le contournement des règles prévues par les directives et le besoin d'une certaine flexibilité en pratique (compte tenu l'impossibilité de lancer une nouvelle procédure pour la moindre modification)²⁶⁰.

²⁵⁵ C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, point 36 ; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, points 100-101.

²⁵⁶ C.J.U.E., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, point 37. On peut cependant se demander si, dans l'arrêt *Succhi di Frutta SpA* (aff. C-496/99), la Cour n'a pas implicitement admis la possibilité de modifications mineures *ne reposant pas sur une habilitation du contrat* (cf. point 117 de l'arrêt).

²⁵⁷ C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, C-160/08, points 100-101.

²⁵⁸ C.J.U.E., *Succhi di Frutta SpA*, aff. C-496/99, points 115-117.

²⁵⁹ C.J.U.E., *Wal AG*, C-91/08, point 39 : « *Un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession* ».

²⁶⁰ S. ARROWSMITH, « Amendments to specification under the European public procurement Directives », *P.P.L.R.*, 1997, pp. 128 mis en avant par D'HOOGHE et M. GELDERS, « *De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies* ».

(2) La mise en concurrence en cours et au terme du PPP

42. Présentation

Dans la mesure où une modification substantielle des termes du marché public ou du contrat public attribué au PPPI intervenait, la Commission estime puisque l'entité mixte peut participer à une nouvelle procédure de mise en concurrence, l'entité adjudicatrice (ou le pouvoir adjudicateur) doit prendre « des mesures de sauvegardes spécifiques » pour garantir « une séparation stricte des personnes qui préparent l'appel d'offres et décident de l'attribution de la mission au sein de l'entité adjudicatrice (ou du pouvoir adjudicateur), d'une part, et celles qui assurent la gestion du PPPI, d'autre part, et pour empêcher toute transmission d'informations confidentielles de l'entité ou du pouvoir vers l'entité à capital mixte.

Conclusions

van openbare dienst », in *La modification unilatérale du contrat – Le droit des affaires en évolution/Tendensen in het bedrijfsrecht*, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers, 2003, pp. 109-111, n° 24) ; V. AURICCHIO, « The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts », *P.P.L.R.*, 1998, p. 113 et s.; E. PIJNACKER HORDIJK et G. VAN DER BEND, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, SDU, 1999, p. 340 (mis en avant par : D. D'HOOGHE et M. GELDERS, « *De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst* », in *La modification unilatérale du contrat – Le droit des affaires en évolution/Tendensen in het bedrijfsrecht*, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers, 2003, pp. 111-112, n° 25, qui jugent la solution préconisée par l'auteur néerlandais plus pragmatique que celle d'ARROWSMITH).

1.	Introduction	1
I.	Le volet conceptuel : l'approche binaire.....	2
2.	Les PPP contractuels et les PPP institutionnels	2
A.	Les marchés publics	3
(1)	Les marchés publics et les concessions de travaux publics.....	3
3.	Les marchés publics et les concessions de travaux publics.....	3
4.	L'objet du contrat et la contrepartie.....	3
(2)	Illustration de la complexité de la qualification de marché public en droit communautaire : les marchés publics de travaux	4
5.	Présentation	4
6.	L'extension inattendue	4
7.	Les marchés à objet mixte : le critère de l'objet principal	4
8.	La qualité du cocontractant.....	6
9.	Le caractère onéreux	6
10.	L'ouvrage doit répondre à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur	6
B.	Les autres contrats publics : droit primaire et principes généraux	8
11.	Les « autres contrats publics » dont les concessions de services publics	8
12.	L'épineuse définition des concessions de services en droit communautaire.....	8
13.	L'obligation de transparence	10
14.	Au delà du contrat, l'obligation de transparence (ou mise en concurrence) des actes unilatéraux.....	11
II.	Le volet opérationnel : la création et l'exécution des PPP	12
A.	La création	12
15.	Principes	12
(1)	Le choix d'un opérateur économique public.....	12
16.	Présentation.....	12
(a)	Principe : application du droit des marchés et autres contrats publics	14
17.	Un principe commun aux contrats publics	14
(b)	Première « exception » au principe : relation interne (au sens strict)	15
(c)	L'exception « in house » : assimilation à une relation interne	15
(I)	Deux conditions cumulatives.....	15
(II)	Interprétation stricte	16
(III)	Examen au cas par cas.....	16
(IV)	Contrôle analogue	16
18.	Actionnariat 100% public et exclusion de tout actionnariat privé	17
19.	Possibilité de contrôle conjoint.....	18
20.	Règles (supplétives) du droit des sociétés insuffisantes	19
21.	Influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes	20
22.	Absence de vocation de marché (ou d'autonomie caractérisée).....	21
23.	Un cas particulier (?) : le moyen instrumental.....	23
24.	Applications.....	23
25.	Pour mémoire : adjudicataire de droit national ?	24
(V)	Essentiel de l'activité réalisé avec la ou les autorités publiques.....	25
26.	Raison d'être	25
27.	Exercice conjoint.....	25
28.	Critères rejetés.....	25
29.	Applications.....	26
(VI)	L'exception de la coopération entre autorités publiques	26
30.	Contexte.....	26
31.	Application	27
32.	Enseignements	28
(VII)	Autres exceptions admises ou envisageables ?	30
33.	Exception du « moyen instrumental » ?	30
34.	Exception du transfert de l'autorité publique ?	30
35.	Exception de l'effet utile préservé ?	31
(2)	Le choix d'un opérateur économique privé	31
36.	Présentation.....	31
37.	La sélection des partenaires privés pour les PPPI	32

38. La Cour de Justice	32
B. L'exécution et la fin d'un PPP.....	34
39. Présentation	34
(1) La mutabilité	34
40. L'adaptation aux changements	34
41. La Cour de Justice	35
(2) La mise en concurrence en cours et au terme du PPP.....	37
42. Présentation	37
Conclusions.....	37