

## **La réglementation relative aux marchés publics est-elle un obstacle aux synergies entre les communes et les Cpas ?**

---

Une commune de la Région wallonne peut-elle confier une mission (ou une prestation<sup>1</sup>) à un centre public d'action sociale (« C.P.A.S. ») sans recourir à une procédure d'attribution au sens de la réglementation sur les marchés publics ? La question en sens inverse se pose également. La volonté de promouvoir les synergies entre les communes et leur CPAS en vue de rechercher des économies d'échelle est à l'agenda politique. Dans les lignes qui suivent, nous nous proposons de dégager les arguments qui plaideraient en faveur d'une réponse positive. A chacun de se saisir de ceux-ci dans leurs fonctions respectives en fonction des valeurs et intérêts qu'ils représentent. La qualité de pouvoir adjudicateur de la commune et du C.P.A.S. n'est, par ailleurs, pas contestée.

### **a) Règle de principe**

1. Selon la Cour de Justice, un rapport entre deux pouvoirs adjudicateurs juridiquement distincts<sup>2</sup> constitue en principe une relation susceptible d'être qualifiée de « marché public » et d'entraîner l'application de la réglementation sur les marchés publics (avec pour conséquence, l'obligation de respecter une des procédures d'attribution prévues)<sup>3</sup>.

2. La qualification de « marché public » requiert en outre que la relation juridique se fonde sur un contrat conclu à titre onéreux. Il s'agira dès lors d'être attentif à l'existence d'une contrepartie. Celle-ci ne se limite pas au seul versement d'un prix. Si une telle contrepartie fait défaut, la qualification de « marché public » et l'application de la réglementation peuvent être écartées d'emblée.

### **b) Exception : « in house »**

3. La Cour de Justice admet des exceptions au principe rappelé ci-dessus. La première de ces exceptions est celle dite de la relation « in house »<sup>4</sup>. Elle requiert, en l'espèce, que la commune exerce sur le C.P.A.S. « *un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* » et que le C.P.A.S. « *réalise l'essentiel de son activité* » avec la commune.

---

<sup>1</sup> Par exemple, la préparation de repas scolaires, un service d'imprimerie.

<sup>2</sup> Le C.P.A.S. est doté de la personnalité juridique en vertu de l'art. 2 de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'action sociale.

<sup>3</sup> 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. Pour une critique de cette position de principe, voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Larcier, 2006, spéc. pp. 175-190.

<sup>4</sup> 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.

Le contrôle analogue est défini comme celui qui permet « *au pouvoir adjudicateur* [ici, la commune] *d'influencer les décisions de* [l'adjudicataire – ici le C.P.A.S.]. *Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* »<sup>5</sup>. L'existence d'un « *contrôle analogue* » est par ailleurs invalidée en cas de constatation d'une « *vocation de marché* » dans le chef de l'adjudicataire<sup>6</sup>.

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* »<sup>7</sup>.

4. Il importe de souligner que la jurisprudence de la Cour de Justice a été principalement rendue dans le cadre de structure de type sociétaire. Elle comporte très peu de précision sur les organisations ou structures publiques (au sens strict). Il convient d'observer d'emblée que la Cour de Justice ne limite pas la reconnaissance du « *contrôle analogue* » aux hypothèses où le pouvoir adjudicateur détient tout ou partie du capital d'un adjudicataire. En premier lieu, la définition adoptée par la Cour n'exclut pas que des situations d' « *influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* » de l'adjudicataire puissent se rencontrer en dehors du cas où l'adjudicateur a pris la forme d'une société de capitaux<sup>8</sup>. La Cour a par exemple évoqué la possible application d'une relation « *in house* » à propos d'une relation entre un mandant et son mandataire<sup>9</sup>. En second lieu, la Cour a indiqué que « *le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques ... de recourir à une forme juridique particulière* »<sup>10</sup> et n'a, à ce jour, jamais réservé l'application de l'exception « *in house* » à des adjudicataires ayant la forme d'une société de capitaux<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> La Cour de Justice précise certes que l'essentiel de l'activité doit être exercé « *avec l'autorité ou les autorités qui la détiennent* » (C.J.U.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, point 50 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, point 62 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, point 40). Cependant, ce mot pouvant éventuellement faire allusion à la détention du capital se rapporte à l'autre condition de l'exception « *in house* », peut avoir été dicté par les circonstances des affaires soumises à la Cour (qui impliquent presque toutes des sociétés de capitaux) et n'est pas traduit avec l'idée de « *détenir* » dans d'autres versions linguistiques officielles des arrêts (cf. en anglais : « *carries out the essential part of its activities with the controlling authority or authorities* » (contrôler) ; en néerlandais : « *het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de overheid die haar beheert of de overheden die haar beheersen* » (maîtriser) ; en italien : « *realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano* » (contrôler)).

<sup>9</sup> C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, point 50 (en l'excluant en l'espèce, davantage faute d'éléments convaincants qu'en vertu d'une incompatibilité de principe, semble-t-il).

<sup>10</sup> C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, point 47.

<sup>11</sup> Le contraire serait plutôt vrai, puisque la Cour nourrit des préjugés à l'endroit des sociétés à forme commerciale, en particuliers les sociétés anonymes et y voit plutôt un obstacle à l'existence d'une situation de contrôle analogue (cf. C.J.U.E., *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 67 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 38).

Un très récent arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles<sup>12</sup> a d'ailleurs expressément admis l'existence d'un contrôle analogue à propos de la relation entre l'Institut belge des services postaux et des télécommunications et une A.S.B.L dont ce dernier était membre.

5. A noter enfin que l'analyse de la Cour de Justice, dans sa vérification des conditions du « *in house* » est généralement plus formaliste, voire superficielle<sup>13</sup>, que dans d'autres domaines du droit (où le contrôle « de fait » est également vérifié) ; l'examen auquel invite la jurisprudence de la Cour portera donc davantage sur les règles de droit que sur les conditions concrètes de leur mise en œuvre.

Il en sera donc de même dans les développements qui suivent.

### c) Application du « *in house* » en l'espèce

6. Plusieurs éléments pourraient tendre à démontrer qu'une commune peut exercer une « *influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* » du C.P.A.S.

La composition des organes du C.P.A.S. est déterminée ou contrôlée par la commune, au moins pour partie : les membres du conseil du C.P.A.S. sont en effet élus par scrutin indirect, en proportion des groupes politiques qui composent le conseil communal<sup>14</sup> ; le bureau permanent du C.P.A.S est composé des membres du conseil du C.P.A.S. que ce dernier choisit en son sein<sup>15</sup> ; le président du C.P.A.S. est désigné par le conseil communal (la coalition au pouvoir au niveau communal, qui a conclu le « pacte de majorité »)<sup>16</sup>. Le président assume un rôle clé dans la gestion du C.P.A.S.<sup>17</sup> et il est de droit membre du bureau permanent<sup>18</sup> ; le bourgmestre et les échevins ne peuvent être membres du conseil du C.P.A.S.<sup>19</sup> mais un membre du conseil communal le peut ; les membres du conseil du C.P.A.S. prêtent serment devant le bourgmestre ou l'échevin compétent<sup>20</sup> ; le conseil communal doit être informé en cas de démission d'un membre du conseil du C.P.A.S.<sup>21</sup> ; le conseil communal peut proposer la suspension des membres du C.P.A.S.<sup>22</sup> ou mettre fin au mandat du président du conseil du C.P.A.S.<sup>23</sup>

Mais surtout, le fonctionnement même du C.P.A.S. est contrôlé par la commune, ainsi que le démontrent notamment les éléments suivant : le président du C.P.A.S. – nommé par (la coalition au pouvoir au niveau de) la commune<sup>24</sup> – « *dirige les activités de ce centre* »<sup>25</sup> ; le bourgmestre peut

<sup>12</sup> Bruxelles (18<sup>e</sup> chambre), 7 septembre 2010 (n° 2009/AR/1871), consultable sur le site internet du SPF Justice « juridat » ([www.cass.be](http://www.cass.be)), rubrique « jurisprudence ». Une des parties soutenait d'ailleurs que l'exception « *in house* » n'était applicable qu'à des sociétés de capitaux. La Cour a rejeté ses arguments.

<sup>13</sup> Ainsi, le caractère « non commercial » de la SCRL Brutélé retenu par la Cour de Justice pour conclure à l'existence d'un contrôle analogue (C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, point 38) a essentiellement pour effet de la faire échapper à l'application des règles en matière de faillites. Pour le surplus, il est difficile de voir en quoi cet élément est de nature à renforcer le contrôle des communes qui détiennent le capital de cette société et empêche celle-ci de se livrer effectivement à des activités lucratives.

<sup>14</sup> Art. 10, 12 et 13 de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociale (la « **loi organique** »).

<sup>15</sup> Art. 27, § 6 de la loi organique.

<sup>16</sup> Art. 22, § 1 de la loi organique.

<sup>17</sup> Art. 28 de la loi organique.

<sup>18</sup> Art. 27, § 4 de la loi organique.

<sup>19</sup> Art. 9, 5<sup>o</sup> de la loi organique.

<sup>20</sup> Art. 17, § 1 de la loi organique.

<sup>21</sup> Art. 19 de la loi organique.

<sup>22</sup> Art. 20 de la loi organique.

<sup>23</sup> Art. 22, § 4 de la loi organique.

<sup>24</sup> Art. 22, § 1 de la loi organique.

assister aux séances du conseil du C.P.A.S. avec voix consultative et, le cas échéant, présider ces séances s'il le souhaite<sup>26</sup>. Il peut également « *reporter la délibération ou le vote de tout point à l'ordre du jour* » à la séance du conseil du C.P.A.S.<sup>27</sup> ; un comité dit « comité de concertation » et composé en tout cas du bourgmestre et du président du C.P.A.S. contrôle plusieurs matières, dont l'adoption du budget du C.P.A.S., la fixation ou la modification du cadre du personnel et la création de nouveaux services<sup>28</sup> ; tous les règlements d'ordre intérieur des organes du C.P.A.S. sont « *soumis pour approbation au conseil communal* »<sup>29</sup> ; le budget annuel du C.P.A.S. est également soumis « à l'approbation au conseil communal »<sup>30</sup>, ce dernier ayant en outre la possibilité de « *se substituer* » au conseil du C.P.A.S. qui omettrait d'arrêter un budget<sup>31</sup> ; les comptes annuels du C.P.A.S. sont soumis « à l'approbation au conseil communal » et commentés devant lui par le président du C.P.A.S.<sup>32</sup> ; le conseil communal est expressément « *chargé de la surveillance et du contrôle* » du C.P.A.S., cette surveillance comportant « *le droit, pour le membre délégué [par le conseil communal] de visiter tous les établissements, de prendre connaissance, sans déplacement, de toute pièce et de tout document ... et de veiller à ce que les [C.P.A.S.] ne s'écartent pas de la volonté des donateurs et des testateurs en ce qui concerne les charges légalement établies* »<sup>33</sup> ; une « *[c]opie de toute décision du centre public d'action sociale à l'exclusion des décisions d'octroi d'aide individuelle et de récupération, est transmise au [conseil] communal* »<sup>34</sup> ; le « *[conseil] communal peut, par un arrêté motivé, suspendre l'exécution de toute décision, [dont il a reçu la copie], qui nuit à l'intérêt communal et, notamment, aux intérêts financiers de la commune* »<sup>35</sup> ; le C.P.A.S. ne peut adhérer qu'à des groupements dénués de but lucratif et il doit en outre obtenir l'approbation du conseil communal pour adhérer à une « *association existante* »<sup>36</sup>.

Le lien étroit existant entre la commune et le C.P.A.S. se concrétise également, entre autres, à travers les éléments suivants : une obligation de concertation régulière entre la commune et le C.P.A.S. au sein d'un comité dont la constitution est prévue par la loi<sup>37</sup> ; l'évaluation annuelle de « *l'ensemble des synergies existantes et à développer entre la commune et le [C.P.A.S.]* »<sup>38</sup> ; la tenue de séances communes du conseil communal et du conseil du C.P.A.S.<sup>39</sup> ; la présence du président du C.P.A.S. au collège communal<sup>40</sup>, avec voix délibérative (sauf lorsqu'il s'agit d'exercer la tutelle sur les décisions du conseil du C.P.A.S.)<sup>41</sup> ; le fait que, si le C.P.A.S. « *ne dispose pas de ressources suffisantes pour couvrir les dépenses résultant de l'accomplissement de sa mission, la différence est couverte par la commune* »<sup>42</sup>.

Tout ceci nous paraît être de nature à démontrer que la commune exerce une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes du C.P.A.S. qui dépend d'elle, de sorte que la commune peut être considérée comme exerçant sur le C.P.A.S. un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

---

<sup>25</sup> Art. 28, § 1 de la loi organique.

<sup>26</sup> Art. 26, § 1 de la loi organique.

<sup>27</sup> Art. 33bis de la loi organique.

<sup>28</sup> Art. 26bis, § 1, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> de la loi organique.

<sup>29</sup> Art. 40, al. 4 de la loi organique.

<sup>30</sup> Art. 88, § 1, al. 6 de la loi organique.

<sup>31</sup> Art. 88, § 4, *in fine* de la loi organique.

<sup>32</sup> Art. 89, al. 3 et 4 de la loi organique.

<sup>33</sup> Nous soulignons – Art. 109, al. 1 et 2 de la loi organique.

<sup>34</sup> Art. 111, § 1 de la loi organique.

<sup>35</sup> Art. 111, § 2 de la loi organique.

<sup>36</sup> Art. 119 de la loi organique.

<sup>37</sup> Art. 26, § 2 de la loi organique.

<sup>38</sup> Art. 26bis, § 5 de la loi organique.

<sup>39</sup> Art. L1122-11 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (« **CDLD** ») – disposition en vigueur depuis le 8 octobre 2006.

<sup>40</sup> Art. L1123-2 et L1123-3 du CDLD – dispositions en vigueur depuis le 8 octobre 2006.

<sup>41</sup> Art. L1123-8 du CDLD – disposition en vigueur depuis le 8 octobre 2006.

<sup>42</sup> Art. 106, § 1<sup>er</sup> de la loi organique.

7. Il ne fait par ailleurs aucun doute qu'un C.P.A.S. n'a en principe aucune « vocation de marché ». Cette notion est utilisée par la Cour de Justice pour invalider les situations de contrôle qu'elle a constatées par ailleurs. Ce faisant, elle vise 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<sup>43</sup>. Le C.P.A.S. est en quelque sorte le pôle caritatif de l'administration communale : il a « pour mission d'assurer aux personnes et aux familles l'aide due par la collectivité. Il assure non seulement une aide palliative ou curative, mais encore une aide préventive. ... Cette aide peut être matérielle, sociale, médicale, médico-sociale ou psychologique »<sup>44</sup>. A propos de la « vocation de marché », la Cour de Justice insiste notamment sur la nécessité de circonscrire l'activité de l'adjudicataire au territoire du ou des pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent<sup>45</sup>. Cette condition est parfaitement remplie en l'espèce, puisque le ressort du C.P.A.S. coïncide avec le territoire communal<sup>46</sup>.

8. La deuxième condition de l'exception « in house » revient en l'occurrence à exiger que le C.P.A.S. réalise l'essentiel de son activité avec la commune. Certains pourraient soutenir qu'il est ici délicat d'affirmer que le C.P.A.S. fournit principalement des prestations à la commune, dans la mesure où son activité s'adresse avant tout aux habitants de celle-ci. Toutefois, cette vision n'intègre pas la notion d'activité d'intérêt général qui est exercée par les pouvoirs publics, nécessairement au bénéfice de la collectivité.

La Cour de Justice semble hésiter entre une interprétation stricte de cette condition et, un dépassement de celle-ci avec la théorie de la coopération entre pouvoir public (infra, point d).

Ainsi, à propos d'un contrat conclu entre un Ministère espagnol et une société publique, prestataire du service postal universel en Espagne (Correos), à propos de la fourniture de services postaux, la Cour de Justice a estimé que cette condition n'était pas remplie dès lors que 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 Correos « *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* »<sup>47</sup>. La circonstance que Correos était en concurrence avec d'autres opérateurs économiques soutend la solution retenue par la Cour, car la condition relative à « l'essentiel de l'activité » est précisément conçue par elle comme un moyen 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* »<sup>48</sup>. Si, en revanche, l'adjudicataire (ici, le C.P.A.S.) n'exerce pas ses activités dans un contexte concurrentiel, « *le souci de préserver [la] concurrence ... n'a, en ce cas, plus lieu d'être* »<sup>49</sup>. Cette idée de lien entre l'existence d'une concurrence à préserver et

<sup>43</sup> 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, points 36 et 38 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, points 57, 74 et 76.

<sup>44</sup> Art. 57, § 1<sup>er</sup> de la loi organique.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Art. 12, *in fine* de la loi organique.

<sup>47</sup> C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, points 59 et 62.

<sup>48</sup> C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 60. Cf. également : C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, point 62.

<sup>49</sup> C.J.U.E., *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, points 62.

l'application du droit des marchés et contrats publics a d'ailleurs été consacrée de manière assez nette dans un autre arrêt<sup>50</sup> (cf. n° 9 et s.).

Il est du reste possible de considérer que, par exemple, en se substituant à la commune pour la fourniture de repas scolaires, le C.P.A.S. fournit effectivement une prestation au profit de la commune. On pourrait également généraliser le raisonnement à l'ensemble de l'aide fournie par le C.P.A.S. dans le cadre de sa mission légale, voire aux synergies organisées sous l'impulsion du décret wallon du 8 décembre 2005<sup>51</sup>.

#### d) Exception de la coopération entre autorités publiques

9. Dans un arrêt récent<sup>52</sup>, la Cour de Justice a consacré une nouvelle exception au principe de l'application du droit des marchés et contrats publics au rapport entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci (alors que les conditions du « in house » n'étaient pas remplies<sup>53</sup>).

Cet arrêt rédigé de manière très circonstanciée, isolé à ce jour, ouvre de nouvelles perspectives. 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 Cour<sup>54</sup>. Il est cependant également possible qu'à la suite de l'arrêt Coditel, cet arrêt ouvre une nouvelle ère dans la jurisprudence de la Cour de Justice. 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 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)<sup>55</sup>.

10. Sous réserve de nouveaux éclairages de la Cour de Justice, les conditions d'application de cette nouvelle exception peuvent être synthétisées comme suit<sup>56</sup> : le droit des marchés et contrats publics ne trouve pas à s'appliquer à (1) un contrat de coopération (2) conclu par des entités exclusivement publiques (3), ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui leur est commune (4) 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) (5) et ne constituant pas une construction artificielle destinée à contourner les règles en matière de marchés publics.

<sup>50</sup> C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06.

<sup>51</sup> Décret wallon du 8 décembre 2005 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en ce qui concerne les subventions à certains investissements d'intérêt public (M.B., 2 janvier 2006).

<sup>52</sup> C.J.U.E., *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06.

<sup>53</sup> *Idem*, aff. C-480/06, point 36. Dans le même sens : conclusions de l'avocat général MAZAK précédant l'arrêt (point 47).

<sup>54</sup> Cf. notamment : 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.

<sup>55</sup> Selon l'avis unanime des auteurs consultés (cf. la note précédente).

<sup>56</sup> 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.

### e) Application de l'exception de la coopération entre autorités publiques en l'espèce

11. La première condition paraît remplie en l'occurrence : dans la mesure où la commune et le C.P.A.S. mettent leurs moyens en commun et collaborent étroitement (cf. n° 6., ci-dessus), un contrat de coopération est susceptible de se nouer entre eux au sujet de leurs missions respectives.

S'agissant plus concrètement d'une prestation comme la fourniture de repas scolaires, le C.P.A.S. met sa cuisine et son personnel à la disposition des écoles de la commune. Comme indiqué ci-dessus (n° 2.), la contrepartie fournie par la commune peut revêtir diverses formes. A supposer que celle-ci consiste en un paiement d'une somme d'argent soit directement au C.P.A.S. soit dans le cadre de l'adoption de son budget (et, le cas échéant, d'un complément versé par la commune), la mise en commun des moyens propres de la commune et du C.P.A.S. est incontestable.

12. La deuxième condition est susceptible d'être remplie : dans l'exemple concret, les parties impliquées dans la fourniture de repas scolaires sont uniquement la commune et le C.P.A.S. Aucune entreprise privée ni société d'économie mixte n'intervient ici.

13. La troisième condition exige que la coopération assure la mise en œuvre d'une mission de service public commune. En l'espèce, la fourniture de repas scolaires s'inscrit à la fois dans le cadre du service public de l'enseignement (en tant qu'accessoire de celui-ci) dont la commune a la charge et dans le cadre du service d'aide matérielle fourni par le C.P.A.S.

En l'espèce, si la mission de service public n'est pas commune, elle est à tout le moins complémentaire. Du reste, elle devient commune en vertu même du contrat de coopération entre la commune et le C.P.A.S. Le caractère « commun » de la mission de service public n'est d'ailleurs pas retenu dans tous les commentaires sur l'arrêt de la Cour de Justice<sup>57</sup>.

On observera que, dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* précité, la Cour a relevé l'absence de but lucratif ou de caractère commercial de l'accord litigieux<sup>58</sup>. Ceci est à rapprocher de l'absence de « vocation de marché » requise par la Cour dans le cadre de l'exception « in house », dont on a vu que cette exigence était parfaitement respectée dans le cas de la relation entre la commune et le C.P.A.S. (n°7.).

14. La quatrième condition requiert que la concurrence ne soit pas faussée et l'égalité de traitement respectée. La manière dont cette clause de style pourrait être appliquée par la Cour de Justice est délicate à anticiper. Il s'agit sans doute d'une ambiguïté voulue qui permettra à la Cour de censurer des dérives. Elle ne peut à notre sens être interprétée comme impliquant que la coopération entre la commune et le C.P.A.S. prive les restaurateurs d'un débouché pour leurs activités et restreint en ce sens la concurrence sur le marché de la restauration, à peine d'invalider le principe consacré par l'arrêt.

Indépendamment de la question même de l'existence effective d'un tel marché, on peut cependant soutenir que, d'une part, les liens étroits qui unissent la commune et son C.P.A.S. (n° 6.), et, d'autre part, le fait que la cuisine du C.P.A.S. et le personnel affecté à celle-ci constituent indubitablement un « moyen propre » du C.P.A.S. – moyen dont la Cour a précisément consacré la libre disposition –, invitent à considérer qu'en l'espèce, la concurrence n'est pas faussée. Si la cuisine du C.P.A.S. lui

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> En ce sens : 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. Cf. le point 43 de l'arrêt (aff. C-480/06).

appartient bien entièrement et n'occupe que du personnel du C.P.A.S., il nous paraît qu' « *aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* »<sup>59</sup>.

**15.** La cinquième et dernière condition porte sur l'absence de fraude à la loi<sup>60</sup>. En tant que telle, la coopération entre pouvoirs publics, organisée dans le respect des règles de fonctionnement de ceux-ci, impliquant un contrôle démocratique ne peut être considérée comme une tentative de fraude à la loi. Elle paraît, en outre, découler des vœux mêmes du législateur régional, qui encourage les synergies entre les deux pouvoirs publics (cf. n° 6.).

#### **f) Conclusion**

**16.** En conclusion, s'agissant de l'exception « *in house* », la première condition semble remplie compte tenu des liens existants entre les deux entités. La seconde condition (qui requiert ici que le C.P.A.S. réalise essentiel de son activité avec la commune) est généralement plus délicate à circonscrire, à défaut d'une jurisprudence éclairante de la Cour de Justice à son propos. Dans le cas d'espèce, la considération que le CPAS n'a pas de vocation de marché plaide pour une interprétation conciliante de la seconde condition.

S'agissant de l'exception de la coopération entre autorités publiques, il est aujourd'hui possible de considérer que la décision de la commune de confier à son « C.P.A.S. » une mission ou prestation constitue une mise en commun des moyens dont ils disposent afin de réaliser leur mission de services publics.

Tels sont les arguments qui pourraient être mobilisés pour soutenir les synergies entre les communes et « leur » C.P.A.S.

\* \* \*

<sup>59</sup> Cf. le point 44 de l'arrêt (aff. C-480/06).

<sup>60</sup> Cf. C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-29/04, points 38 à 41. Cet arrêt 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.